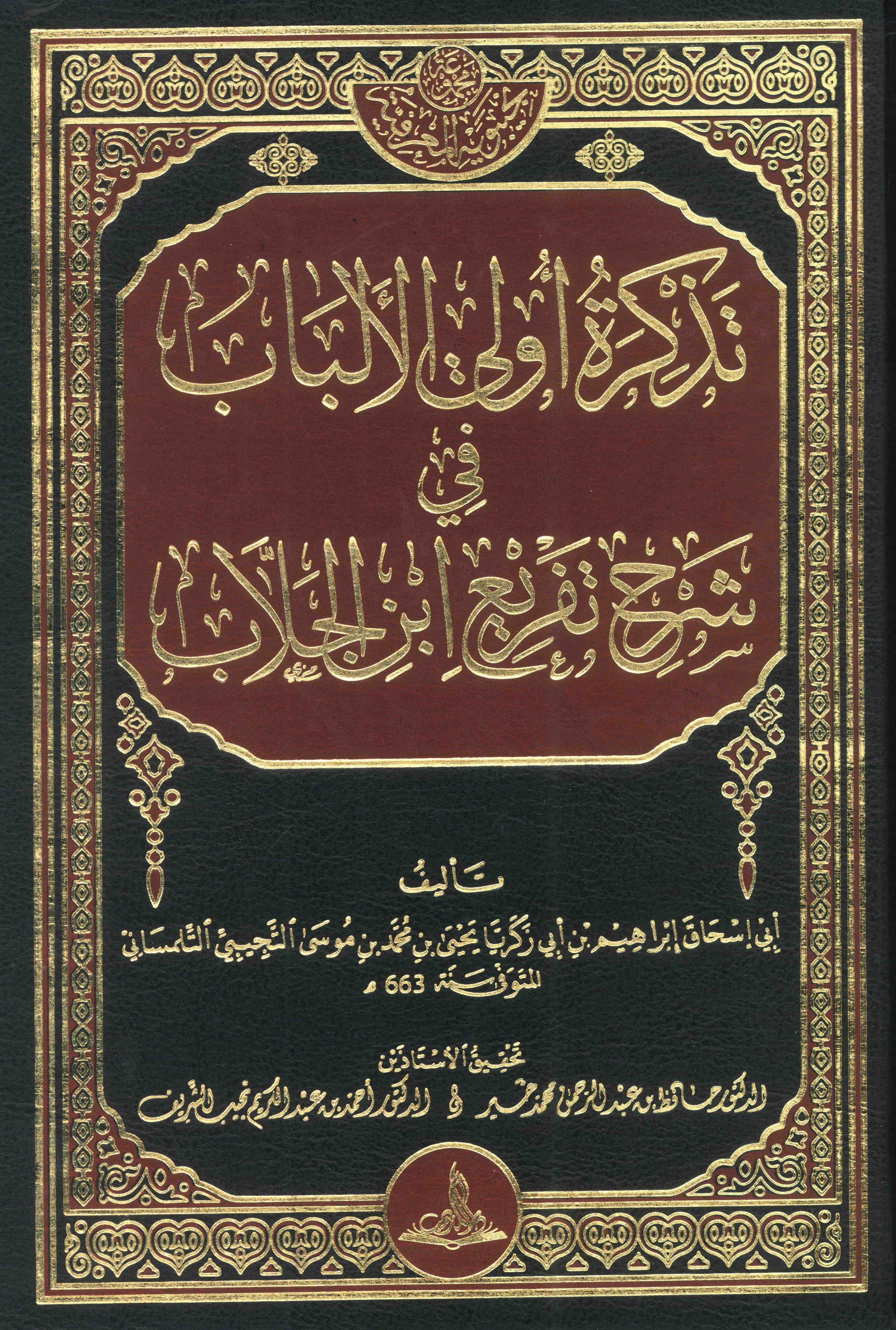
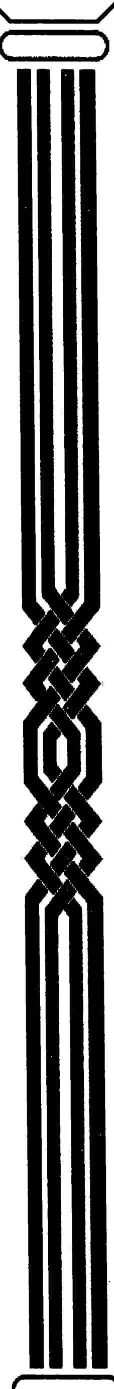


تذكرة أولي الألباب
في
شرح تفريع ابن الجلاب
تأليف
أبي إسحاق إبراهيم بن أبي زكريا يحيى بن محمد بن موسى التجيبي التلمساني
المتوفى سنة 663 هـ
تحقيق الأستاذين
الدكتور حافظ بن عبد الرحمن محمد خير و الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب الشريف

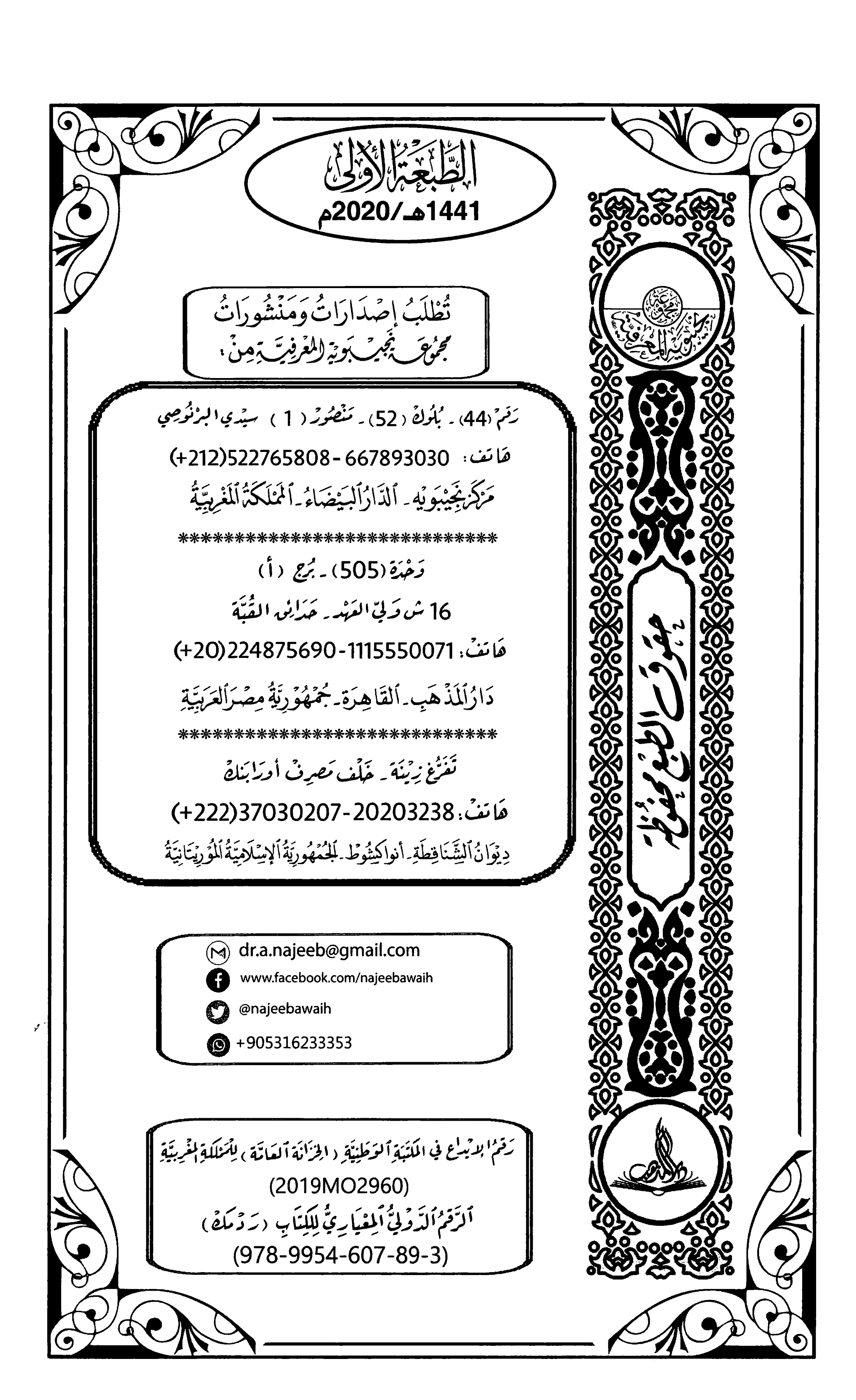




تذكرة أولي الألباب في شرح تفريع ابن الجلاب

ISBN 978-9954-607-89-3

9 789954 607893



الطبعة الأولى

1441هـ/2020م

تطلب إصدارات ومنشورات
مجموعة نجيبويه المعرفية من:

رقم (44) - بلوك (52) - منصور (1) سيدي البرنوصي

هاتف: 667893030 - 522765808(212+)

مركز نجيبويه - الدار البيضاء - المملكة المغربية

****

وحدة (505) - برج (أ)

16 ش ولي العهد - حدائق القبة

هاتف: 1115550071 - 224875690(20+)

دار المذهب - القاهرة - جمهورية مصر العربية

****

تفرغ زينة - خلف مصرف أورابنك

هاتف: 20203238 - 37030207(222+)

ديوان الشناقطة - أنواكشوط - الجمهورية الإسلامية الموريتانية

dr.a.najeeb@gmail.com

www.facebook.com/najeebawaih

@najeebawaih

+905316233353

رقم الإيداع في المكتبة الوطنية (الخزانة العامة) للمملكة المغربية

(2019MO2960)

الرقم الدولي المعياري للكتاب (ردمك)

(978-9954-607-89-3)



تذكرة أولي الألباب في شرح تفريع ابن الجلاب

تأليف

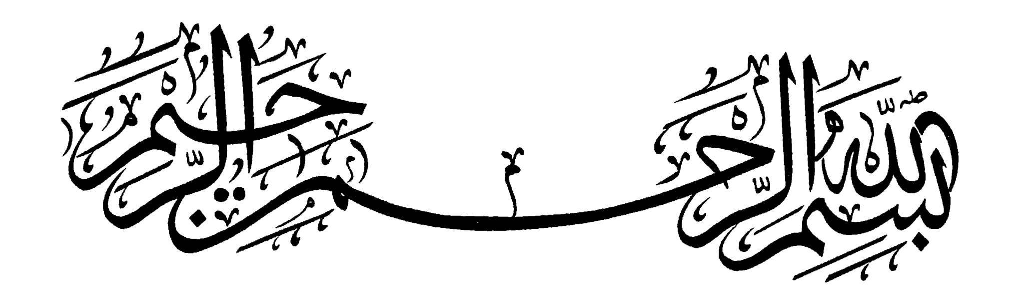
أبي إسحاق إبراهيم بن أبي زكريا يحيى بن محمد بن موسى التجيبي التلمساني

المتوفى سنة 663 هـ

تحقيق الأستاذين

الدكتور حافظ بن عبد الرحمن محمد خير و الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب الشريف

الجزء السادس


بسم الله الرحمن الرحيم

تابع كتاب الأطعمة
[فيمن اضطر إلى الميتة وهو في سفر معصية]

(ومن اضطر إلى الميتة، وهو في سفر معصيةٍ؛ لم يأكل منها حتى يفارق المعصيةَ)[1].

اختُلف فيمن اضطر إلى الميتة وهو في سفر معصية[2]، هل يجوز له أن يأكل منها؟ أم لا؟

فقال ابن حبيب: لا يجوز له[3] أكل الميتة حتى يفارِق المعصية[4]، وهو قول ابن الجلَّاب[5].

وقال ابن يونس: الصواب أنَّ له أكلها؛ لإحياء نفسه، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ الآية [النساء: 29].

قال بعض أصحابنا: ولأنه توجَّه عليه فرضان:

أحدهما النزوع عمَّا هو عليه من المضي في المعصية.

والآخر إحياء النفس، فإنْ فَعَلَهما فهو المراد، وإن أراد فِعْل أحدهما لم نأمره بتركه من أجل أنَّه لم يفعل الآخر[6].

(ومن وجد ميتة وصيدًا، وهو مُحْرِمٌ؛ فليأكل الميتةَ، ولا يقتل[7] الصيدَ؛ إلَّا أن تكون الميتة متغيرةً يخاف على نفسه من أكلها)[8].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الله تعالى لم يرخص في قتلِ الصيد للمحرم في حالةٍ من

---

(1) التفريع (الغرب): 1/ 407 و(العلمية): 1/ 320.

(2) جملة (لم يأكل منها... معصية) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) كلمة (له) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) قول ابن حبيب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 1/ 419.

(5) التفريع (الغرب): 1/ 407 و(العلمية): 1/ 320.

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 2/ 40 و41.

(7) في (ز): (يأكل)، وما اخترناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(8) التفريع (الغرب): 1/ 407 و(العلمية): 1/ 320.

الحالات، ورخَّص له في أكل الميتة عند الضرورة.

قال الأبهري: ولأنَّه قادرٌ على تبقيةِ الصيد وإحيائه من غير ضرورةٍ به[1] إلى قتله، فلم يجُز له أن يقتله؛ لأنَّ الله ﷻ قد منعه من ذلك؛ لقوله ﷻ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ الآية [المائدة: 95]، ويأكلُ من الميتة؛ لأنَّ الله ﷻ قد أباح أكلها عند الضَّرورة، ولأنَّه إذا قتل الصيد وهو محرم فقد [ك: 171/أ] صار ميتة، فلأن يأكل ميتةً لم يُمتها هو ويستغني عن قتلها أَوْلَى أن يَقتُل ثم يأكُل؛ فلهذا قال مالك: إنه يأكل الميتة ولا يقتل الصيد[2].

قال ابن الجلَّاب: **(إلا أن تكون الميتةُ متغيرة يخاف على نفسه من أكلها)** فإنه يجوز له قتل الصيد والأكل منه كالعادِم للميتة، ولأنَّه لو لم يجد ما يسد به رمقه؛ إلَّا الصيد جاز له أكله؛ كذلك هذا، ولأنَّ في أكل الميتة إتلافًا لنفسه، وذلك لا يجوز، وقد قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ الآية [الحج: 78].

(ومن وجد ميتةً ومالًا لغيره؛ أكل من مالِ غيره، وضمنه.
وقد قيل: لا ضمانَ عليه فيما اضطرَّ إليه، ولا يأكل الميتة مع وجوده، إلَّا أن يخاف القطع؛ فيجوز له أكلها)[3].

فوجه القول بأنَّه يضمنه هو أنَّه أكل مِنْ[4] مال غيره بغير تمليكٍ منه، فوَجَبَ عليه ضمانُه كما لو [ز: 460/أ] أخذه على[5] ذمته.

ووجه القول بأنه لا ضمانَ عليه هو أنَّ غيره يجب عليه أن يُحيي نفس هذا، ولو امتنع من ذلك؛ كان عاصيًا فلم يلزمه ضمان.

---

(1) كلمة (به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).
(2) قول الإمام مالك بنصِّه في التفريع (الغرب): 1/ 407 و(العلمية): 1/ 320.
(3) التفريع (الغرب): 1/ 407 و(العلمية): 1/ 320.
(4) كلمة (مِنْ) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).
(5) في (ز): (في).

[حكم من شرب الخمر اضطرارًا]

(ولا يشربُ المضطر خمرًا، ولا يتعالج بها، ولا بشيءٍ من النجاسات)[1].

اختُلِفَ في الخمر هل يجوز التداوي بها؟ أم لا؟

فمذهب مالك: أنه لا يجوز التداوي بها[2].

قال ابن حبيب: وقد نهى النبيُّ ﷺ عن التداوي بالخمر، وقال: «**لا شِفَاءَ فِيمَا حَرَّمَ اللهُ**»[3].

وقد ثبت النهيُ عن غير واحدٍ من الصحابة والتابعين[4].

وقال الشافعي: يجوز التداوي بها[5]، ودليلنا ما قدَّمناه.

(وإذا كانت في حلق رجلٍ[6] غصَّة مِن[7] طعام، ولم يجد ما يسيغها به إلَّا خمرًا؛ فلا بأس أن يشربها، ليدفع بها غصَّته، حكاها الشيخ أبو بكر الأبهري عن أبي الفرج عمرو بن محمد الليثي القاضي)[8].

---

(1) التفريع (الغرب): **1/ 408** و(العلمية): **1/ 321**.

(2) قوله: (فمذهب مالك: أنه لا يجوز التداوي بها) بنحوه في عقد الجواهر، لابن شاس: **2/ 403**.

(3) حسن لغيره، رواه إسحاق بن راهوية في مسنده: **4/ 139**، برقم **(1912)**.

وأبو يعلى في مسنده: **12/ 402**، برقم **(6966)**.

وابن حبان في صحيحه: **4/ 233**، في باب النجاسة وتطهيرها، من كتاب الطهارة، برقم **(1391)** جميعهم عن أم سلمة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، أنها قالت: نَبَذْتُ نَبِيذًا فِي كُوزٍ، فَدَخَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَهُوَ يَغْلِي فَقَالَ: «مَا هَذَا» ؟ قُلْتُ: اشْتَكَتِ ابْنَةٌ لِي فَنَبَذْتُ لَهَا هَذَا، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «إِنَّ اللهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ»، وهذا لفظ إسحاق بن راهويه.

ورواه البخاري معلقًا: **7/ 110**، في باب شراب الحلواء والعسل، من كتاب الأشربة، موقوفًا على ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، أن النبي ﷺ قال: «إِنَّ اللهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ».

(4) قول ابن حبيب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **14/ 299**.

(5) قول الشافعي بنحوه في التنبيه في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي: **1/ 84**.

(6) كلمتا (حلق رجل) يقابلهما في (ك): (حلقه).

(7) حرف الجر (من) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(8) التفريع (الغرب): **1/ 408** و(العلمية): **1/ 321**.

وإنما قال ذلك؛ لأنَّه يعلم إزالة الغصَّة يقينًا، ولو لا ذلك لتلفتْ نفسُه، وهذا بخلاف التداوي؛ فإنه لا يعلم به زوال ذلك.

[فيما لا يجوز الانتفاع به من الميتة وما يجوز]

(وإذا ماتت دجاجةٌ، فخرجت منها بيضةٌ؛ فهي نجسةٌ لا يحِل أكلها)[1].

وإنما قال ذلك؛ لأنها تنجَّست بالوعاء.

قال سحنون: وكذلك لو سُلقَ بيضٌ في ماء نجس لم يؤكل؛ لأنَّ النجاسة تصل إلى داخل البيض[2].

(وإذا سُلق بيضٌ، فوجد في بعضه فرخٌ ميتٌ؛ فهو نجس، لا يجوز أكله)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الفرخَ الميت قد حلَّ في ذلك الماء فنجس كما[4] نجس الماء البيضَ السالم [ك: 171/ب] بما يوصل إليه.

(ولا بأس بالانتفاع بشعر المَيْتَة وصوفها، ولا يجوز الانتفاع بريشها ولا عظمها ولا قرنها)[5].

اختُلف في جواز الانتفاع بشعر الميتة، فقال مالك وأبو حنيفة: يجوز.

وقال الشافعي: لا يجوز.

ودليلنا ما خرجه الدارقطني عن أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت: سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: **«لَا بَأْسَ بِمِسْكِ الْمَيْتَةِ إِذَا دُبِغَ، وَلَا بَأْسَ بِصُوفِهَا وَشَعْرِهَا وَقُرُونِهَا إِذَا غُسِلَ بِالْمَاءِ»**[6]،

---

(1) التفريع (الغرب): 1/ 408 و(العلمية): 1/ 321.

(2) قول سحنون بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 1/ 120.

(3) التفريع (الغرب): 1/ 408 و(العلمية): 1/ 321.

(4) كلمتا (كما) يقابلها في (ك): (به ثم).

(5) التفريع (الغرب): 1/ 408 و(العلمية): 1/ 321.

(6) ضعيف، رواه الدارقطني في سننه: 1/ 68، برقم (116).

والبيهقي في سننه الكبرى: 1/ 37، برقم (83)، وقال: قال علي: يوسف بن السفر متروك، ولم يأت به غيره، كلاهما عن أم سلمة رضي الله عنها.

ولأنه لا حياةَ فيه، فاستحالَ أن ينجس بالموت.

يُبيِّن ذلك أن أخذه في حال الحياة جائزٌ بالاتفاق[1] على أنَّ الحياة لا تحله[2].

وأما الريش والعظم والقرن، فإنما امتنع أخذ ذلك منها بعد الموت؛ لأنَّ الحياةَ تحلُّها؛ ألا ترى أنه لا يجوز أخذ ذلك منها في حال الحياة.

(وتُكره المداهن والأمشاط من العاج)[3].

اختُلف في الانتفاع بعظام الميتة وأنياب الفيل؛ فقال مالك: لا أرى أن يشتري عظام الميتة، ولا يدهن بمداهنها، ولا يمتشِط بأمشاطها[4].

وأجاز ذلك ابن الماجشون وأصبغ ومطرِّف.

وقال ابن وهب: إذا غليت عظام الميتة جاز بيعها، **[ز: 460/ب]** ورأى أن طبخَها بمنزلة الدباغ في الجلد.

واختُلف في القرن والظلف من الميتة، فكرهه مالك ورآهُ ميتةً.

قال: وكذلك إن أخذ منها وهي حية.

وقال ابن المواز: ما قُطع من طرف القرن والظلف ما لا يناله لحمٌ ولا دمٌ، وما لو كان حيًّا لم يؤلمه؛ فهو حلالٌ؛ أخذ منها حية أو ميتة[5].

---

(1) كلمتا (جائزٌ بالاتفاق) يقابلهما في (ك): (فالاتفاق).

(2) قوله: (اختُلف في جواز الانتفاع بشعر الميتة، فقال مالك وأبو حنيفة: يجوز... الحياة لا تحله) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 465**.

(3) التفريع (الغرب): **1/ 408** و(العلمية): **1/ 321**.

(4) المدونة (صادر/ السعادة): **4/ 161** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **3/ 56**.

(5) من قوله: (وأجاز ذلك ابن الماجشون وأصبغ) إلى قوله: (أخذ منها حية أو ميتة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 375** و**376**.

[جلود الميتة]

(وجلود الميتة قبل الدباغ؛ نجسةٌ، وبعد الدباغ؛ طاهرةٌ طهارة[1] مخصوصة، يجوز معها استعمالها في اليابسات، وفي الماء وحده من دون[2] المائعات، وقد كره مالكٌ استعماله في الماء وحده ولم يضيقه على غيره)[3].

اعلم أنَّ جلود الميتة قبل الدباغ نجسةٌ لا يجوز استعمالها في المائعات، ولا في شيءٍ من الجامدات، وإلى هذا ذهب جماعةُ الفقهاء.

وذكر[4] عبد الوهاب أنَّ بعض الناس ذهبَ إلى جواز الانتفاع بها[5] قبل الدباغ.

ودليلنا: ما رُوي عن النبي ﷺ **«أنه أَمَرَ أَنْ يُسْتَمْتَعَ بِجُلُودِ الْمَيْتَةِ إِذَا دُبِغَتْ»**[6]. .. فاشترط في ذلك الدباغ[7].

واختُلِفَ في طهارتها بعد الدباغ، فذكر عبد الوهاب في ذلك روايتان:

إحداهما أنها نجسة وأنَّ الدباغ[8] لا يطهرها.

والأخرى أنها تطهر بالدباغ[9].

وقال ابن الجلَّاب: **(هي طاهرةٌ طهارةً مخصوصةً يجوز استعمالها في اليابسات، وفي الماء وحده من [ك: 170/أ] المائعات)**[10].

---

(1) كلمة (طهارة) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) كلمة (دون) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) التفريع (الغرب): **1/ 408** و(العلمية): **1/ 321**.

(4) في (ك): (وذهب).

(5) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) ضعيف، رواه مالك في موطئه: **3/ 713**، في باب ما جاء في جلود الميتة، من كتاب الصيد، برقم **(485)**.
وأبو داود: **4/ 66**، في باب أهب الميتة، من كتاب اللباس، برقم **(4124)** كلاهما عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(7) المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 465** وعيون المجالس، لعبد الوهاب: **1/ 181**.

(8) جملة (فذكر عبد الوهاب في ذلك... وأن الدباغ) يقابلها في (ز): (أنه).

(9) الإشراف، لعبد الوهاب: **1/ 110**.

(10) التفريع (الغرب): **1/ 408** و(العلمية): **1/ 321**.

وقال ابن وهب: يجوز استعمالها في اليابسات والمائعات[1].

فوجه الرواية الأُولى ما رُوي عن النبي ﷺ أنه كتب إلى جُهينة قبل موته بشهر[2]: «**أَنْ لَا تَنْتَفِعُوا مِنَ الْمَيْتَةِ بِإِهَابٍ، وَلَا عَصَبٍ**» خرجه أبو داود[3]، ولأنه جزءٌ من الميتة نَجُسَ بالموت؛ فوجب أن تتأبَّد نجاسته كاللحم.

ووجه الرواية الثانية ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**إِذَا دُبِغَ الْإِهَابُ فَقَدْ طَهُرَ**»، خرجه مسلم[4].

وفي الترمذي: «**أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهُرَ**»[5].

ووجه قول ابن الجلَّاب هو أنَّ الأخبار إنما تدلُّ على ضربٍ من الإباحة، وقد ثبت أنه ليس المراد كل الإباحة، فلم يبق إلَّا نوع من الانتفاع، وإنما خصَّ اليابس؛ لأنه لا يصِل إليه شيءٌ من رطوبة الجلد بخلاف المائع[6].

---

(1) قول ابن وهب بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 464** وعقد الجواهر، لابن شاس: **1/ 26**.

(2) في (ز): (بشهرين)، وما اخترناه موافق لما في سنن أبي داود.

(3) صحيح، رواه أبو داود: **4/ 67**، في باب من روى أن لا ينتفع بإهاب الميتة، من كتاب اللباس، برقم **(4128)**.

والترمذي: **4/ 222**، في باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت، من أبواب اللباس، برقم **(1729)** كلاهما عن عبد الله بن عكيم رضي الله عنه.

(4) رواه مالك في موطئه: **3/ 712**، في باب ما جاء في جلود الميتة، من كتاب الصيد، برقم **(484)**.

ومسلم: **1/ 277**، في باب طهارة جلود الميتة بالدباغ، من كتاب الحيض، برقم **(366)** كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(5) قوله: (فوجه الرواية الأُولى: ما رُوي عن النبي ﷺ أنه كتب... فقد طهُر) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **1/ 110** و**111**.

والحديث صحيح، رواه الترمذي: **4/ 221**، في باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت، من أبواب اللباس، برقم **(1728)**.

والنسائي: **7/ 173**، في باب جلود الميتة، من كتاب الفرع والعتيرة، برقم **(4241)** كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(6) قوله: (أن الأخبار إنما تدلُّ على ضربٍ من الإباحة... بخلاف المائع) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 464**.

وأما الماءُ؛ فقد كرهه مالكٌ في خاصَّة نفسه ولم يضيِّقه على غيره(1)، ورأى أنَّ(2) الماء يدفع عن نفسه النجاسةَ بخلاف غيره من المائعات.

ووجه قول ابن وهب: قولُ النبي ﷺ: «**أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهُرَ**» فعمَّ.

إذا ثبت أنها تستعمل في اليابسات، فهل يجوزُ لباسها؟

اختُلِفَ فيه، فقال ابن القاسم: لا تلبس وإن دُبغت(3).

وقال سحنون: لا بأس بلباسها إذا دُبغت، إلَّا أنه لا يصلَّى فيها.

فوجه قول ابن القاسم هو أنه لا يأمنُ من العرق فيها فيَنحَلُّ ما فيها من النجاسة، فتُنجِّس بدنه أو ثيابه.

ووجه قول سحنون هو أنَّ استعمالها جائزٌ في اليابسات، [ز: **461**/أ] ولباسها نوع من ذلك.

(ولا يجوز بيعُها، ولا الصلاة عليها)(4).

أما قوله: **(ولا يجوز بيعها)**، فهذا مما اختُلف فيه.

فقال ابن حبيب: لا يجوز بيعها وإن دبغت(5).

قال: وهو مذهب ابن القاسم.

وذكر ابن عبد الحكم عن مالك أنه أجازَ بيعها.

واختلف بعد القول أن بيعها لا يجوز إذا وقع هل يفسخ؟ أم لا؟

فقال ابن حبيب: يُفسخ البيع ما دام الجلدُ قائمًا، فإن فاتَ؛ مضى بالثمن؛ للاختلاف فيه.

وقال أشهب: أكرهُ بيعَه فإن نزل لم أفسخه، وإن اجتمع على فسخه؛ فهو أحب

---

(1) المدونة (صادر/ السعادة): **5/ 366**.

(2) كلمتا (ورأى أن) يقابلهما في (ز): (لأن).

(3) المدونة (صادر/ السعادة): **5/ 366**.

(4) التفريع (الغرب): **1/ 408** و(العلمية): **1/ 321**.

(5) قول ابن حبيب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 375**.

إليَّ[1].

وأما قوله: (**ولا الصلاة عليها**)، فهذا مما اختلف فيه، فقال مالك: لا تجوز الصلاة بها ولا عليها، وهو[2] مذهب ابن القاسم وسحنون.

وقال ابن عبد الحكم: لا بأس بالصلاة بها؛ لقوله ﷺ: «**إِذَا دُبِغَ الْإِهَابُ فَقَدْ طَهُرَ**».

[ك: 170/ب] (وجلودُ المَيْتَة ما أكل لحمه، وما لم يؤكل لحمه؛ بمنزلةٍ واحدةٍ)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ العلةَ الموجودة في الكل واحدةٌ وهي الموتُ؛ إذ الحياة علَّة الطهارة، والموتُ علة النجاسة[4]، وقد وُجِد ذلك في الجميع.



(1) قوله: (فقال ابن حبيب: يفسخ البيع... أحب إليَّ) بنصِّه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): 4/ 263.

(2) في (ك): (وهذا).

(3) التفريع (الغرب): 1/ 408 و(العلمية): 1/ 321.

(4) في (ك): (النجس).

كتاب الأشربة

(وما أسكرَ كثيرُه؛ فقليله[1] حرامٌ من جميع الأشربة، وهو نجسٌ وعلى شاربه الحد)[2].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ الآية [المائدة: 90]، فأمر تعالى باجتنابها.

وخرَّج مسلم في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ، وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ»[3].

وخرَّج -أيضًا- عن ابن عمر رضي الله عنهما قال[4]: خطب عمر رضي الله عنه على منبر النبي ﷺ فحمِد الله وأثنى عليه ثم قال: أَلَا وَإِنَّ الْخَمْرَ نَزَلَ تَحْرِيمُهَا يَوْمَ نَزَلَ وَهِيَ مِنْ خَمْسَةِ أَشْيَاءَ مِنَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالزَّبِيبِ وَالْعَسَلِ.

وَالْخَمْرُ: مَا خَامَرَ الْعَقْلَ[5].

يريد رضي الله عنه: أنَّ الخمر كانت في عهد رسول الله ﷺ من هذه الخمسة.

وقوله: (**والخمر ما خامر العقل**) يريد: أنه ليس بمقصورٍ على هذه الخمسة، وأن العلَّة الشدة، وما خامر العقل[6].

ولا خلاف بين الأمة في تحريم الخمر التي[7] من العنب قليلها وكثيرها، وإذا كان كذلك؛ فلا فرق بينها وبين المسكرات.

---

(1) كلمتا (كثيرُه؛ فقليله) يقابلهما في (ك): (قليله فكثيرُه)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): **1/ 409** و(العلمية): **1/ 322**.

(3) رواه مسلم: **3/ 1587**، في باب بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام، من كتاب الأشربة، برقم **(2003)** عن ابن عمر رضي الله عنه.

(4) جملة (قال رسول الله ﷺ: «كل مسكر خمر... قال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) رواه مسلم: **4/ 2322**، في باب نزول تحريم الخمر، من كتاب التفسير، برقم **(3032)** عن عمر رضي الله عنه.

(6) قوله: (يريد رضي الله عنه: أن الخمر كانت في... خامر العقل) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1616**.

(7) اسم الموصول (التي) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

وقد أجمعتِ الصحابة على أنَّ ذلك كله يقع عليه[1] اسم خمر، وقد امتثلوا[2] إراقته بمجرد النهي عن الخمر، وإن كان خمرهم مختلفًا.

يدلُّ على ذلك ما خرجه مسلم عن أنس رضي الله عنه أنه قال: كُنْتُ سَاقِيَ الْقَوْمِ يَوْمَ حُرِّمَتِ الْخَمْرُ فِي بَيْتِ أَبِي طَلْحَةَ، وَمَا شَرَابُهُمْ إِلَّا الْفَضِيخُ الْبُسْرُ وَالتَّمْرُ[3]، فَإِذَا مُنَادٍ يُنَادِي، فَقَالَ: اخْرُجْ فَانْظُرْ، فَخَرَجْتُ، فَإِذَا مُنَادٍ يُنَادِي: «**أَلَا إِنَّ الْخَمْرَ قَدْ حُرِّمَتْ**»، [ز: **461**/ب] قَالَ: فَجَرَتْ فِي سِكَكِ الْمَدِينَةِ، فَقَالَ لِي أَبُو طَلْحَةَ: اخْرُجْ فَاهْرِقْهَا، فَهَرَقْتُهَا[4].

إذا ثبت هذا، فقال مالك وجميع أصحابه: ما أسكر كثيره فقليله[5] حرام؛ سواء كان نيًّا أو مطبوخًا من أيِّ نوع كان من زبيب أو عنب أو دبس أو عسل أو تمر أو رطب أو ذرة أو شعير[6].

ووافقنا على ذلك الشافعي وجميع أصحابه[7].

قال ابن القصَّار: وهو قول عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم[8].

ولأبي حنيفة في ذلك تفصيل يطول شرحه؛ إلَّا أنه يبيح نبيذ التمر المسكر المطرب

---

(1) في (ز): (على).

(2) كلمتا (وقد امتثلوا) يقابلهما في (ز): (وامتثلوا).

(3) كلمة (والتمر) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) رواه مسلم: **3/ 1570**، في باب تحريم الخمر، وبيان أنها تكون من عصير العنب، ومن التمر والبسر والزبيب، وغيرها مما يسكر، من كتاب الأشربة، برقم (**1980**) عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(5) كلمتا (قليله فكثيره) يقابلهما في (ك): (كثيره فقليله).

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 288** واختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): **4/ 272** وعقد الجواهر، لابن شاس: **2/ 405**.

(7) قوله: (ووافقنا على ذلك الشافعي وجميع أصحابه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 468** وشرح ابن عبد السلام (بتحقيقنا): **17/ 26**.

(8) قوله: (قال ابن القصَّار: وهو قول عمر... من الصحابة) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1613**.

إذا شرب منه قدرًا لا يبلغ شاربه الإسكار[1].

ودليلنا عليه ما قدَّمناه.

ورُوي عن النبي ﷺ أنَّه قال: [ك: 169/أ] «**كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ**»[2]، «**وَمَا أَسْكَرَ مِنْهُ الْفَرْقُ فَمِلْءُ الْكَفِّ مِنْهُ حَرَامٌ**» خرجه أبو داود[3].

إذا ثبت هذا، فعلى من شَرِبَه الحدُّ؛ شرب قليلًا أو كثيرًا، ويلزمه الحد بثلاثة[4] أشياء إما بمعاينة شرب الخمر، أو بوجود رائحته[5] من فِيه، أو إذا تقيأ منه[6].

وسُئِلَ ابن القاسم عن الاستنكاه أيُعمَل به؟

قال: نعم، وهو من رأسِ الفقه.

قال: وأحبُّ إليَّ أن يكون الاستنكاه باثنين كالشهادة، فإن لم يكن إلَّا رجلٌ واحد؛ فعليه الحدُّ إذا[7] كان الإمام هو الذي أمره بالاستنكاه حين استرابه[8].

قال اللخمي: وقد خرَّج مسلم في صحيحه أنَّ النبيَّ ﷺ أمر أن يَستنكِه ماعز، هل

---

(1) قوله: (ولأبي حنيفة في ذلك تفصيل يطول... شاربه الإسكار) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 468.

(2) متفق على صحته، رواه البخاري: 5/ 162، في باب بعث أبي موسى، ومعاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع، من كتاب المغازي، برقم (4344).

ومسلم: 3/ 1586، في باب بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام، من كتاب الأشربة، برقم (1733) كلاهما عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه.

(3) صحيح، رواه أبو داود: 3/ 329، في باب النهي عن المسكر، من كتاب الأشربة، برقم (3687).

والترمذي: 4/ 293، في باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام، من أبواب الأشربة، برقم (1866) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(4) في (ك): (لثلاثة).

(5) في (ز): (الرائحة).

(6) قوله: (يلزمه الحد بثلاثة أشياء: إما... منه) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1625.

(7) في (ز): (الذي).

(8) قوله: (وسُئل ابن القاسم عن الاستنكاه... حين استرابه) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 14/ 301 و302.

شرب خمرًا؟ أم لا[1].

قال ابن القصَّار: وصفة الشهادة على الرائحة أن يكونَ يعلمُ الخمرَ؛ لكونه كان ممَّن يشربها في حال الكفر، أو في[2] حال الإسلام ثم تاب وحسُنت حالته[3].

فإن أشكل الأمر في الرائحة هل هي رائحة خمر؟ أم لا؟

فإن كان على ذلك دليلٌ من تغير[4] عقلٍ أو اختلاطِ فَهْمٍ؛ حُمِل على أنه خمرٌ، وإن لم يكن ثَمَّ دليلٌ؛ لم يُحدَّ، وإن كان في كلامه اختلاط وليس عليه رائحة؛ لم يُحد[5].

وإنْ شهد رجلان[6] أن الذي به رائحة خمر، وشهد آخران[7] أنها ليست برائحة خمر؛ فإنه يُحد؛ لأنَّ مالكًا قال في كتاب السرقة: وإذا اختلف المقوِّمون في قيمة السرقة فقوَّمها بعضهم بثلاثة دراهم، وقوَّمها آخرون بأقل، فقال: إذا اجتمع عدلان بصيران[8] أن قيمتها ثلاثة دراهم؛ وجب القطع[9].

وأما إذا تقيأها وعلم أنها خمرٌ؛ فإنه يُحد.

والدليل على ذلك ما رُوِيَ عن عمر رضي الله عنه أنه جلد في القَيءِ، وقال: "مَا قَاءَهَا حَتَّى

---

(1) رواه مسلم: 3/ 1321، في باب من اعترف على نفسه بالزنى، من كتاب الحدود، برقم (1695) عن بريدة الأسلمي رضي الله عنه، أنها قالت: .... فَقَالَ: «أَشَرِبَ خَمْرًا؟» فَقَامَ رَجُلٌ فَاسْتَنْكَهَهُ، فَلَمْ يَجِدْ مِنْهُ رِيحَ خَمْرٍ.

(2) كلمتا (أو في) يقابلهما في (ز): (وفي).

(3) في (ك): (حاله).

(4) في (ز): (تغيير).

(5) جملة (وإن كان في كلامه اختلاط... لم يحد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).
التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1625 و1626.

(6) في (ك): (رجل)، وما رجحناه موافق لما في نكت عبد الحق.

(7) في (ك): (آخر)، وما رجحناه موافق لما في نكت عبد الحق.

(8) كلمة (بصيران) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(9) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 308.

قوله: (وإنْ شهد رجلان أنَّ الذي... وجب القطع) بنصِّه في النكت والفروق، لعبد الحق الصقلي: 2/ 293.

شَرِبَهَا"(1).

قال: والحدُّ المتفقُ عليه في الخمر ثمانون.

قال ابن حبيب: وهي السُّنة.

وأول من جَلَدَ في السُّكر ثمانين عمر رضي الله عنه، ومضى عليه العمل(2).

واختُلف فيما عدا الخمر، فقال مالك: هو ثمانون(3)، ولا فَرْق بين الخمر وغيره.

وقال(4) عبد الوهاب حكاية(5) عن الشافعي: إنه أربعون في غير الخمر.

ودليلنا إجماع الصحابة عليه، وتعليل عليٍّ [ز: 462/أ] رضي الله عنه: فَإِنَّهُ إِذَا شَرِبَ سَكِرَ وَإِذَا سَكِرَ هَذَيَ وَإِذَا هَذَيَ افْتَرَى فيجلد حد المفتري(6)، ولم ينكِر عليه أحد(7).

(ولا يحلُّ لمسلم أن يملك خمرًا، ولا شرابًا مسكرًا، ومن وُجِد عنده خمر من المسلمين؛ أُريقت عليه، وكسرت ظروفها أو شُقَّت؛ تأديبًا(8) له)(9).

والأصل في ذلك الكتابُ والسُّنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ﴾ الآية [المائدة: 90].

---

(1) رواه ابن شبة في تاريخ المدينة: 3/ 845.

وأبو نعيم في الحلية: 9/ 15، كلاهما عن عمر رضي الله عنه.

(2) قوله: (قال ابن حبيب: وهي السُّنة... عليه العمل) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 14/ 301 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 434 و435.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 288.

(4) في (ك): (وحكى).

(5) كلمة (حكاية) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) رواه مالك في موطئه: 5/ 1234، في باب الحد في الخمر، من كتاب الأشربة، برقم (3117).

وعبد الرزاق في مصنفه: 7/ 377، برقم (13542) كلاهما عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(7) المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 470.

(8) عبارة (وكسرت ظروفها أو شقت تأديبًا) يقابلها في (ز): (وشقت ظروفها تأديبًا).

(9) التفريع (الغرب): 1/ 409 و(العلمية): 1/ 322.

والخمرُ: ما خامرَ [ك: 169/ب] العقل[1].

واجتنابُه: أن يريقه ولا يملكه.

وأما السُّنة فما خرجه مسلم عن أنس رضي الله عنه أنَّه قال: كُنْتُ سَاقِيَ الْقَوْمِ يَوْمَ حُرِّمَتِ الْخَمْرُ فِي بَيْتِ أَبِي طَلْحَةَ، وَمَا شَرَابُهُمْ إِلَّا الْفَضِيخُ الْبُسْرُ وَالتَّمْرُ، فَإِذَا مُنَادٍ يُنَادِي، فَقَالَ: اخْرُجْ فَانْظُرْ، فَخَرَجْتُ، فَإِذَا مُنَادٍ يُنَادِي: «**أَلَا إِنَّ الْخَمْرَ قَدْ حُرِّمَتْ**»، قَالَ: فَجَرَتْ فِي سِكَكِ الْمَدِينَةِ، فَقَالَ لِي أَبُو طَلْحَةَ: اخْرُجْ فَاهْرِقْهَا، فَهَرَقْتُهَا[2].

وأما الإجماع فلا خلاف بين الأمة في أنَّ المسلم لا يحلُّ له أن يتملك الخمر، فإنها تُهرق[3] عليه.

واختلف في ظروفها، فقيل: تُشَق تأديبًا له وردعًا، كما حُرم القاتل الميراث ممَّن قتله، فكذلك هذا يمنع أن يملك ما جعل فيه الخمر.

وقيل: يشق منها ويكسر ما أفسدتهُ الخمر ونجَّسته ولا ينتفع به إلَّا في الخمر، وما عدا ذلك من الظروف المثمنة التي إذا غُسلت زال عنها الخمر؛ فلا تشق؛ لأنه لا فائدة في ذلك أكثر من إضاعة المال، وذلك منهي عنه[4].

فإذا قلنا: إنها لا تُشق ولا تُكسر، فهل ينتفع بها إذا غسلت؟

فذكر في "النوادر" في قلال أو زقاق كان فيها الخمر فغُسلت فلم تذهب الرائحة: لا يضرُّ ذلك ولينتفع بها[5].

وفي "مختصر ابن عبد الحكم": أما الزقاق فلا ينتفع بها، وأما القلال فيُطْبَخ فيها الماء مرتين وتُغسَل وينتفع بها[6].

---

(1) قوله: (والخمرُ: ما خامرَ العقل) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **14/ 283**.

(2) تقدم تخريجه في أول كتاب الأشربة: **15/6**.

(3) في (ز): (تُهراق).

(4) قوله: (وأما الإجماع؛ فلا خلاف بين الأمة في أنَّ المسلم لا يحلُّ له... منهي عنه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 470**.

(5) النوادر والزيادت، لابن أبي زيد: **3/ 375**.

(6) كلمتا (وينتفع بها) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

=

وروى أشهب عن مالك في الركوة للخمر أيجعل فيها الخل؟ قال: لا؛ لأنها تشرَّبت، وأما الجرار إذا غسلها؛ فلا بأس بها[1].

(ولا يحل لمسلم أن يبيع خمرًا من نصراني، ولا أن يوكِّله[2] في بيعها من النصراني)[3].

والأصل في ذلك ما خرجه الترمذي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: لَعَنَ رَسُولُ اللهِ ﷺ فِي الخَمْرِ عَشَرَةً: «**عَاصِرَهَا وَمُعْتَصِرَهَا وَشَارِبَهَا وَحَامِلَهَا وَالمَحْمُولَةُ إِلَيْهِ وَسَاقِيَهَا وَبَائِعَهَا وَآكِلَ ثَمَنِهَا وَالمُشْتَرِي لَهَا وَالمُشْتَرَاةُ[4] لَهُ**»[5].

إذا ثبت هذا، فلا يحل لمسلمٍ أن يبيع خمرًا من نصراني، ولا أن يوكله[6] في بيعها من النصراني[7]، فإن باعها منه؛ كُسرت على المسلم إنْ [ز: 462/ب] كانت بيده أو بيد النصراني ولم تفت، وتصدق بالثمن على النصراني؛ دفع الثمن أو لم يدفعه[8] إذا كان معينًا؛ إلَّا أن يُعذر بجهل، وإن تقابضا وفاتت الخمر عند النصراني؛ انتُزع الثمن من المسلم وتصدِّق به إلَّا أن يُعذر بجهالة.

واختُلف إذا لم يدفع النصراني الثمن، فقال مالك مرة: لا يؤخذ من النصراني، وقال مرة[9]: يؤخذ منه ويتصدَّق به.

قال ابن القاسم: وهو أحبُّ إلينا.

= المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: **597**.

(1) قوله: (وروى أشهب عن مالك في الركوة للخمر... بأس بها) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **14/ 300** والبيان والتحصيل، لابن رشد: **16/ 296**.

(2) في (ز): (يوكِّل).

(3) التفريع (الغرب): **1/ 409** و(العلمية): **1/ 322**.

(4) كلمتا (لَهَا، وَالمُشْتَرَاةُ) يقابلهما في (ز) و(ك): (والمشتري والمشترى)، وما أثبتناه في سنن الترمذي.

(5) حسن صحيح، رواه الترمذي: **3/ 581**، في باب النهي أن يتخذ الخمر خلا، من أبواب البيوع، برقم **(1295)** عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(6) في (ز): (يوكل).

(7) في (ك): (نصراني).

(8) في (ك): (يدفع).

(9) كلمتا (وقال مرة) يقابلهما في (ز): (ومرة قال) بتقديم وتأخير.

قال ابن المواز: لا يؤخذ منه، فإن أخذ منه؛ رُدَّ عليه، وأغرم خمرًا مثل ما أخذ فيُكسر على المسلم.

قال: فلو أخذ منه الثمن لكان قد أجيز له شراؤها(1).

قال اللخمي: وأَخْذُ الثمن(2) ليتصدق به بعد فواتِ الخمر أَوْلَى من أن يغرم مثلها(3). [ك: 168/أ]

(ومن أسلم وعنده خمرٌ؛ أراقها، ولم يثبت ملكه عليها)(4).

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ﴾ الآية [المائدة: 90]، واجتنابه: أن يُريقَه ولا يتملكه.

ولا خلاف بين الأمة في(5) أنَّ المسلم لا يحلُّ له أن يتملك(6) الخمر، وأنها تُراق عليه.

إذا ثبت هذا، فقد صار من جملة المسلمين تجري(7) عليه أحكام المسلمين، ومن جملة أحكام المسلمين أنه لا يتملَّك الخمر، وأنه يجب عليه إراقتها.

(ومن أسلم وعنده ثمنُ خمرٍ؛ فلا بأس به)(8).

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ أخذه في وقت يجوز له فساغَ له تملكه.

(وإذا اشترى نصرانيٌّ من نصرانيٍّ خمرًا [فقبضها المشتري](9)، ثم أسلم بائعها قبل

---

(1) قوله: (واختُلف إذا لم يدفع النصراني الثمن، فقال... له شراؤها) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 179 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 7/ 463.

(2) كلمتا (وأَخْذُ الثمن) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 8/ 4313.

(4) التفريع (الغرب): 1/ 410.

(5) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(6) في (ز): (يملك).

(7) في (ز): (تجبُ).

(8) التفريع (الغرب): 1/ 410.

(9) كلمتا (فقبضها المشتري) زيادة انفردت بها طبعة دار الغرب.

قبض ثمنها؛ فله أخذ الثمن من مشتريها، وإن أسلمَ مشتريها؛ فعليه دفع الثمن إلى بائعها.

وإن أسلم بائعها قبل دفع الخمر إلى مشتريها؛ فُسخ البيع بينهما، ورَدَّ البائعُ الثمن إلى مشتريها إن كان قبضه.

فإن أسلم مشتريها[1] قبل قبضها؛ فُسِخ بيعها، ويرجع على البائع بثمنها[2] إن كان قبضه.

وقد توقَّف مالك فيها مرةً أخرى[3]، وقال: أخاف أن يظلم[4] الذمِّي)[5].

اعلم أنه إذا اشترى نصرانيٌّ من نصراني خمرًا لا يخلو حالهما من أربعة أوجه إما أن يُسلِما جميعًا، أو لا يُسلِم واحد منهما، أو يُسلم أحدهما وهو البائع، أو هو المشتري.

فإن أسلما جميعًا بعد قبض الثمن والمثمن؛ فذلك ماضٍ لا يرد؛ لأن بياعاتهم التي تبايعاها[6] في حال الكفر إذا اتصل بها القبض ماضية.

فإن أسلما قبل قبض الثمن والمثمن؛ فسخ البيع، وإن أسلما[7] بعد قبض الثمن وقبل قبض المثمن فذهب مالك وابن القاسم إلى أنَّ ذلك مفسوخ.

وقال محمد بن عبد الحكم: عليه قيمةُ الخمر.

وإن أسلما بعد قبض المثمن وقبل قبض الثمن[8]؛ فُسخ البيع بينهما على قول مالك وابن القاسم؛ إلَّا أن ذلك مفسوخ[9].

---

(1) كلمة (مشتريها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) في (ز): (بالثمن).

(3) في (ك): (عنها).

(4) في (ك): (أظلم).

(5) التفريع (الغرب): 1/ 410.

(6) في (ك): (تبايعا).

(7) جملة (قبل قبض الثمن... وإن أسلما) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) عبارة (وقبل قبض الثمن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) قوله: (وإن أسلما بعد قبض المثمن وقبل... ذلك مفسوخ) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 8/ 4314.

وقال محمد بن عبد الحكم: عليه قيمةُ الخمر[1].

وإن أسلما [ز: 463/أ] قبل قبض المثمن[2] على قول ابن الماجشون؛ لأنَّه قال في نصراني تزوَّج نصرانيةً بخمر ثم أسلَمَا قبل الدخول وبعد قبض الخمرِ: فإنه يَدخُل بها.

قال اللخمي: يريدُ: لأنَّ الخمر قبضت[3] في وقتٍ كانت عندهم كالدراهم في شرعهم وبقي البُضع، وهو مما يجوز قبضه في الإسلام[4].

وكذلك البيع إذا أسلما بعد قبض الخمر، وقبل قبض الثمن أن البائع يأخذ الثمن.

وإن لم يُسلِم واحدٌ منهما؛ لم يعرض لهما، وإن أسلم أحدهما وهو البائع، فإن كان بعد أن تقابضا الثمن والمثمن؛ مضى البيع بينهما ولم يُفسخ بمنزلة ما لو أسلما [ك: 168/ب] جميعًا.

وإن كان ذلك قبل أن يتقابضا الثمن والمثمن، فقال ابن القاسم: يُفسخ ذلك -أيضًا- بمنزلة ما إذا أسلما جميعًا، وتوقَّف[5] في ذلك مالك إذ تعلَّق به حقُّ النصراني.

وإن كان ذلك بعد قبض الثمن وقبل قبض المثمن؛ فُسخ البيع بينهما وردَّ الثمن على المشتري؛ لأنَّ الذي عليه الخمر لا يقدر على أدائها إنْ طُلبت له؛ لأنها إن كانت في ملكه كسرت عليه، ولا يجوز له شراؤها إذا لم تكن في ملكه[6] فصارت ضرورة، وإن كان بعد قبض المثمن، وقبل قبض الثمن؛ فليأخُذ[7] الثمن من مشتريها.

وإن كان الذي أسلم هو المشتري وكان ذلك بعد أن تقابضا الثمن والمثمن؛ مضى ذلك بينهما ولم يُرد.

---

(1) قوله: (وقال محمد بن عبد الحكم: عليه قيمةُ الخمر) بنصِّه في الذخيرة، للقرافي: 4/ 120.

(2) جملة (إلَّا أن ذلك مفسوخ... قبض المثمن). يقابلها في (ك): (وقبض الثمن).

(3) في (ز): (قبضه).

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 8/ 4314.

(5) في (ك): (ووقف).

(6) جملة (كسرت عليه، ولا يجوز... في ملكه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) كلمة (فليأخذ) يقابلها في (ك): (فله أخذ).

وإن كان ذلك قبل أن يتقابضا الثمن؛ فُسخ[1] البيع بينهما، وإن كان ذلك بعد أن قبض الثمن، وقبل أن يَدفع الثمن؛ فعليه دفع الثمن إلى بائعها، وإن كان ذلك بعد دفع الثمن وقبل قبض المثمن؛ فُسخ البيع بينهما ويرجع[2] المشتري على البائع بالثمن.

وقد توقف فيها مالك مرةً، وقال: أخافُ أن أظلم الذمي؛ لأني إنْ[3] أمرتُ الذمي بردِّ رأس المال، وعليه خمر ظلمته، وإن أعطيت المسلم خمرًا أعطيته ما لا يحل له تملكه[4].

قال في "المستخرجة": ولكنْ أرى أن تؤخَذ الخمر من النصراني وتُكسر على المسلم، وإن رضي الذمي أن يرد عليه رأس ماله؛ فذلك جائزٌ لا بأس به[5].

(وإذا اشترى مسلم من نصراني خمرًا [وفاتت][6]؛ فُسخ بيعها، ولم يدفع إلى البائع شيءٌ، وإن كان النصراني قد[7] قبض الثمن؛ أخذ منه، وتصدَّق به تأديبًا له)[8].

اعلم أنه إذا اشترى مسلمٌ من نصراني خمرًا، فقال مالك: تُكسر على المسلم؛ لأنه[9] اشترى ما لا يحلُّ له ملكه ولا يردها على النصراني.

قال ابن القاسم: وإن قبض الثمن لم يُنزع منه[10].

---

(1) كلمتا (الثمن؛ فُسخ) يقابلهما في (ز): (الثمن والمثمن؛ فُسخ).

(2) في (ك): (ورجع).

(3) حرف الشك (إنْ) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(4) من قوله: (وكذلك البيع إذا أسلما بعد قبض الخمر، وقبل) إلى قوله: (أعطيته ما لا يحل له تملكه) بنحوه في الذخيرة، للقرافي: **4/ 120**.

(5) قوله: (قال في "المستخرجة": ولكن أرى... بأس به) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **7/ 471**.

(6) كلمة (وفاتت) زيادة انفردت بها طبعة دار الغرب.

(7) حرف التحقيق (قد) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(8) التفريع (الغرب): **1/ 410**.

(9) في (ز): (لا).

(10) المدونة (صادر/ السعادة): **4/ 271** و**272**.

وقال سحنون: ينزع منه ويتصدَّق به[1].

وقال ابن حبيب: لا يتصدَّق بالثمن إذا كانت الخمر قائمة، وينظر فإن كان النصراني لم يقبض الثمن؛ ترك للمسلم وكُسرت الخمر على النصراني.

فإن كان المسلم هو البائع والذمي هو المشتري، فقال ابن المواز: إن كان المسلم قبَض الثمن؛ أخذ منه [ز: **463**/ب] وتصدق به.

وإن لم يقبضه فقد اختلَفَ فيه قول مالك، فقال مرةً: لا تؤخذ من النصراني، وقال مرةً: تؤخذ منه ويتصدق به.

قال ابن القاسم: وهذا أحبُّ إلينا.

قال ابن المواز: لا يؤخذ الثمن منه، وإن أخذ منه رُدَّ عليه وأغرم خمرًا مثل ما أخذ فتكسر على المسلم؛ لأنَّ أخذ الثمن منه[2] إجازة لشرائه[3].

(ولا يُؤاجر الرجل[4] نفسَه، ولا شيئًا من أملاكه في عمل الخمر من نصراني ولا مسلم. فإن فعل شيئًا من[5] ذلك وأَخذَ له أجرةً؛ تصدَّق بها [ك: 167/أ] ولم يتملَّكها، واستغفرَ اللهَ عَجَّلَ ولم يعاود)[6].

اعلم أنه لا يجوز لمسلمٍ أن يؤاجر دابته ولا نفسه ولا عبده ولا شيئًا من أملاكه في عمل الخمرِ؛ سواء أجَّر ذلك من مسلم أو نصراني، فإن فعل شيئًا من ذلك؛ فلا أجر له لا ما سمَّيا ولا أجر مثله، ويتصدق عليه بالأجرة أدبًا له.

---

(1) قول سحنون بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **8/ 4312**.

(2) كلمة (منه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) قوله: (وقال ابن حبيب: لا يتصدَّق بالثمن إذا... إجازة لشرائه) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **6/ 179**.

(4) في (ز): (المسلم).

(5) كلمتا (شيئًا من) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(6) التفريع (الغرب): **1/ 409** و(العلمية): **1/ 322**.

[ما يكره من الأشربة وما يحل]

(ويُكْرَه شُرب الخليطين من التمر والرطب، والزبيب والعنب، ويكره خلط ذلك للخلِّ أيضًا)(1).

والأصل في ذلك ما خرجه مسلم عن أبي قتادة ﵁ أنَّه قال: نهى رسول الله ﷺ عَنْ خَلِيطِ التَّمْرِ وَالْبُسْرِ، وَعَنْ خَلِيطِ الزَّبِيبِ وَالتَّمْرِ، وَعَنْ خَلِيطِ الزَّهْوِ وَالرُّطَبِ، وَقَالَ: «انْتَبِذُوا كُلَّ وَاحِدٍ عَلَى حِدَتِهِ»(2).

إذا ثبت هذا، فقال مالك: لا يجوز أن ينبذ تمرٌ مع زبيب، ولا زهو مع رطب، ولا حنطة مع شعير(3).

قال بعض أصحابنا: وحصر ذلك أن يعلم أنه إذا كان الشيئان يصلح أن ينتبذ كل واحدٍ منهما على انفراده لم يصلح جمعهما في الانتباذ، وإن كان أحدهما يصلُح أن ينتبذ والآخر لا يصلح، أو هما جميعًا لا يصلحان؛ فجمعهما(4) جائز.

قال مالك: وإن نبذَ كل واحدٍ مما ذكرنا على حدة؛ لم ينبغ أن يخلطا عند الشراب(5).

[تخليل الخمر]

(ويكره تخليل الخمر، فمن خلَّل خمرًا فصارت خلًّا؛ ففيها روايتان:
إحداهما أنها حلالٌ.

---

(1) التفريع (الغرب): 1/ 410 و(العلمية): 1/ 322 و323.

(2) رواه مسلم: 3/ 1576، في باب كراهة انتباذ التمر والزبيب مخلوطين، من كتاب الأشربة، برقم (1988) عن أبي قتادة ﵁.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 289.

(4) في (ك): (فهما).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 289.

والأخرى أنها حرام، وإن حالت الخمر، فصارت خلًّا من غير فِعْل أحدٍ؛ فهي حلال)[1].

وإنما كُره[2] تخليل الخمر؛ لما رواه أنس رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه سُئِلَ عَنِ الْخَمْرِ تُتَّخَذُ خَلًّا، فَقَالَ: «لَا»، أخرجه مسلم[3].

واختلف إذ اجترأ وخلَّلها، فقال مالك: يأكلها وبئسَ ما صنع[4].

وقال ابن الماجشون وسحنون: لا تؤكَل.

فوجه القول بأنها تُؤكل هو أنَّ التنجيس والحظر إنما كان لأجل الشدَّة، فإذا زالت الشدةُ زال التنجيسُ؛ لأنَّ الحكم يزول بزوال علته[5].

ووجه قول ابن الماجشون حديث أنس الذي قدَّمناه.

ولم يختلف أنها إذا حالت بنفسها من غير فعل أحدٍ أنها تُؤكل.

(ولا بأس بما خلَّله النصراني من الخمر)[6].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الخمر مباحةٌ له [ز: 464/أ] فكيف إذا خلَّلها[7].

(ولا بأس بشرب العصير قبل شدَّته، ولا بأس بشرب العقيد بعد ذهاب[8] ثلثيه[9] في طبخه)[10].

---

(1) التفريع (الغرب): 1/ 410 و411 و(العلمية): 1/ 323.

(2) في (ز): (يُكره).

(3) رواه مسلم: 3/ 1573، في باب تحريم تخليل الخمر، من كتاب الأشربة، برقم (1983) عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 291.

(5) قوله: (فوجه القول بأنها تُؤكل هو: أنَّ التنجيس... بزوال علته) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 471.

(6) التفريع (الغرب): 1/ 410 و(العلمية): 1/ 323.

(7) جملة (أصل: ولا بأس بما خلَّله... إذا خللها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(8) كلمة (ذهاب) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(9) في (ز): (ثلثه).

(10) التفريع (الغرب): 1/ 411 و(العلمية): 1/ 323.

والأصل في ذلك ما خرجه الترمذي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه[1] قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ، فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ**»[2].

فإذا ثبت أنَّ العصير والعقيد لا يسكران فشربهما حلال؛ لأنَّ علة المنع إنما هي السُكر، فإذا عدم السكر جاز شربهما.

إذا ثبت هذا، فقال مالك: وعصير العنب ونقيع الزبيب وجميع الأنبذة حلالٌ شربها ما لم تُسكر، فإذا أسكرت فهي خمر.

قال مالك: وكنتُ أسمع أنَّ المطبوخ إذا ذهب ثُلثاه لم يُكره، ولا أرى ذلك **[ك: 167/ب]**، ولكن إذا طبخ حتى لا يسكر كثيره حلَّ، وإن أسكر كثيره؛ حرُم قليله[3].

وقال أشهب: ولو نقص تسعة أعشاره[4].

قال ابن المواز: أكثر ما يعرف من العصير أنه إذا طبخ فذهب ثلثاه أنه يحل؛ لأنه لا يسكر، وليس ذلك في كل عصير، فأمَّا الموضع المعروف بذلك؛ فلا بأس به[5].

وما قاله ابن المواز حسن[6]؛ لأنَّ الأعناب مختلفة وبعضها أكثر عسلية من بعض، وهذا في عصير العنب.

وأما الزبيب والتمر فيجتهد فيهما ولا يحدُّ[7] بثلث ولا غيره؛ لأنَّ الذي تكلم عليه العلماء هو عصير العنب الذي فيه الماء مخلوقًا، وإنما يقع التنقيص بالنار من الماء المخلوق، وهذا يلقى عليه الماء فينظر إلى العادة في مثله، وإلى قدر الماء الذي

---

(1) كلمة (أنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) حسن صحيح، رواه أبو داود: **3/ 327**، في باب النهي عن المسكر، من كتاب الأشربة، برقم **(3681)**.
والترمذي: **4/ 292**، في باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام، من أبواب الأشربة، برقم **(1865)** كلاهما عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 288**.

(4) قول أشهب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **14/ 292**.

(5) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **14/ 294**.

(6) كلمتا (ابن المواز حسن) يقابلهما في (ز): (ابن الماجشون).

(7) كلمة (يحدُّ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

يضاف إليه.

وكذلك الأشربة التي تعمل من السكر للأدوية، وقد جرت العادة عند الناس الذين يعملونها أنها إذا بلغت حدًّا أمن عليها إذا بقيت أن تُسكر[1].

(والفُقَّاع مباح وكذلك السوبيا، وهي شرابٌ يشبه الفُقَّاع)[2].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ، فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ**»، وإذا ثبت أن الفُقَّاع والسوبية لا يُسكران كان شربهما حلالًا.

قال مالك: والسكر علَّة التحريم[3].

(ويُكْرَه الانتباذ في الدُّبَّاء والمزفَّت والحنتم والنقير.

ولا بأس[4] بغيرها من الأوعية كلها)[5].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنَّه نهى عن الانتباذ في الدباء والمزفت[6]، وروي عنه ﷺ أنه[7] نهى عن الانتباذ في النقير والحنتم[8].

---

(1) قوله: (وما قاله ابن المواز حسن؛ لأن الأعناب... أن تُسكر) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1618 و1619.

(2) التفريع (الغرب): 1/ 411 و(العلمية): 1/ 323.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 288.

(4) كلمة (بأس) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) كلمة (كلها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع (الغرب): 1/ 410 و(العلمية): 1/ 322 و323.

(6) متفق على صحته، رواه البخاري: 7/ 107، في باب ترخيص النبي ﷺ في الأوعية والظروف بعد النهي، من كتاب الأشربة، برقم (5594).

ومسلم: 3/ 1578، في باب النهي عن الانتباذ في المزفت والدباء والحنتم والنقير، وبيان أنه منسوخ، وأنه اليوم حلال ما لم يصر مسكرا، من كتاب الأشربة، برقم (1994) كلاهما بألفاظ متقاربة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(7) جملة (نهى عن الانتباذ في الدباء... أنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) متفق على صحته، رواه البخاري: 7/ 106، في باب الخمر من العسل، وهو البتع، من كتاب الأشربة، برقم (5586).

ومسلم: 1/ 48، في باب 1/ 48، في باب الأمر بالإيمان بالله ورسوله، وشرائع الدين، والدعاء إليه، =

قال ابن حبيب: والنقير ما عُمل من خشب.

والمزفَّت: ما عُمل من داخله الزفت.

والدبَّاء: اليقطين، وإنما نُهِيَ عن الانتباذ في هذه الأوعية؛ لأنها تُسرع بوجود الشدَّة[1].

قال ابن المواز: وكره مالك الدباء والمزفت والنقير، والحنتم عنده كالمزفت[2].

قال ابن يونس: والتحليل في جميعها أحب إليَّ[3].

وقد رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال: «**نَهَيْتُكُمْ عَنْ لُحُومِ الْأَضَاحِيِّ فَوْقَ ثَلَاثٍ، فَكُلُوا وَادَّخِرُوا، فَقَدْ جَاءَ اللهُ بِالسَّعَةِ، وعَنْ الِانْتِبَاذِ، فَانْتَبِذُوا، وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ**»[4].

ورُوِي عن عائشة رضي الله عنها [ز: 464/ب] أنها[5] كانت تنبذ للنبي ﷺ في جرارٍ خضر[6].

واختُلِفَ بعد القول بمنع الانتباذ في هذه الأوعية على شرب ما ينبذ فيها؟

=

برقم (17) كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(1) قوله: (والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه «نهى عن الانتباذ... بوجود الشدَّة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1624.

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 14/ 290.

(3) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 441.

(4) رواه مالك في موطئه: 3/ 692، في باب ادخار لحوم الأضاحي، من كتاب الضحايا، برقم (475)، من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

وأصله رواه مسلم: 2/ 672، في باب استئذان النبي ﷺ ربه عز وجل في زيارة قبر أمه، من كتاب الجنائز، برقم (977)، من حديث بريدة الأسلمي رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ فَزُورُوهَا، وَنَهَيْتُكُمْ عَنْ لُحُومِ الْأَضَاحِيِّ فَوْقَ ثَلَاثٍ، فَأَمْسِكُوا مَا بَدَا لَكُمْ، وَنَهَيْتُكُمْ عَنِ النَّبِيذِ إِلَّا فِي سِقَاءٍ، فَاشْرَبُوا فِي الْأَسْقِيَةِ كُلِّهَا، وَلَا تَشْرَبُوا مُسْكِرًا».

(5) كلمة (أنها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) رواه ابن وهب في جامعه: 1/ 36، برقم (30).

وابن أبي شيبة في مصنفه: 5/ 84، برقم (23932).

والطبراني في الأوسط: 7/ 255، برقم (7432) جميعهم بألفاظ متقاربة عن عائشة رضي الله عنها.

فمَنَعَ ذلك ابن المواز، وقال: يؤدب فيه وفي الخليطين(1).

وقال عبد الوهاب: إن سلِم من الشدة؛ فلا بأس به(2). **[ك: 166/أ]**



(1) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **14/ 304**.

(2) المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 472**.

كتابُ الأضحية

(والأضحية مسنونةٌ غير مفروضة، وهي على كل من قدر عليها من المسلمين من أهل المدائن والقرى والمسافرين؛ إلّا الحجاج الذين بمنى؛ فإنه لا أُضحية عليهم، وسنتهم الهدي)[1].

والأصل في الأضحية[2] الكتابُ والسُّنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ﴾ [الكوثر: 2]، وقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ﴾ يعني: صلاة العيد، ﴿وَٱنْحَرْ﴾: أي: انحر لربك، فتكون الآية على هذا التفسير عامةً في الضحايا والهدايا؛ لأنَّ الآية نزلت بالمدينة.

وأما الحج فلا صلاة عيد فيه.

وقيل: معنى ذلك أي: صلِّ صلاة الصبح بالمشعر الحرام، ثم انحر بعدها بمنى، والله أعلم[3].

وأما السُّنة؛ فقول النبي ﷺ وفعله.

أما قوله فما رُوِيَ عنه ﷺ أنه قال: «**أُمِرْتُ بِالنَّحْرِ، وَهُوَ لَكُمْ سُنَّةٌ**»[4].

وقوله ﷺ: «**ثلاث كُتِبَت عليَّ ولم تُكتب عليكم الأضحية والوتر والسواك**»[5].

وأما فعله؛ فإنَّه ﷺ «**ضَحَّى بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ أَقْرَنَيْنِ، ذَبَحَهُمَا بِيَدِهِ، وَسَمَّى وَكَبَّرَ،**

---

(1) التفريع (الغرب): 1/ 389 و(العلمية): 1/ 301.

(2) في (ك): (ذلك).

(3) قوله: (أما الكتاب؛ فقوله تعالى:... بعدها بمنى، والله أعلم) بنصِّه في المقدمات الممهدات، لابن رشد: 1/ 434 و435.

(4) رواه الدارقطني في سننه: 5/ 507، برقم (4750) عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «أُمِرْتُ بِالنَّحْرِ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ».

(5) لم أقف عليه بهذا اللفظ، والذي وقفت عليه ضعيف، رواه أحمد في مسنده، برقم (2050).

والدارقطني في سننه: 2/ 339، برقم (1631) كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما: «ثَلاثٌ هُنَّ عَلَيَّ فَرَائِضُ، وَهُنَّ لَكُمْ تَطَوُّعٌ: الْوَتْرُ، وَالنَّحْرُ، وَصَلاةُ الضُّحَى»، وهذا لفظ أحمد.

وَوَضَعَ رِجْلَهُ عَلَى صِفَاحِهِمَا»، خرجه مسلم[1].

وفَعَلَ ذلك الأئمة بعده ﷺ.

وأما الإجماع فلا خلاف بين[2] الأمة أن الضحايا مشروعة، واختُلِفَ في وجوبها وهل يأثم تاركها؟

فقال مالك في "المدونة": ولا أحبُّ لمن قَدَرَ عليها أن يتركها[3].

ومن حبس أضحيةً حتى مضت[4] أيام الذبح؛ أثم[5]، فعلى هذا هي واجبة.

وقال بعض المتأخرين: التأثيم إنما تعلَّق بكونه اشترى ثم لم يُضحِّ، وأما لو لم يشتر لم يتعلَّق به التأثيم[6].

وقال في كتاب ابن المواز: هي سنةٌ واجبة لا ينبغي لأحدٍ تركُها وهو قادر عليها.

وقال ابن حبيب: هي سنةٌ لا رخصة لأحدٍ في تركها، ومن تركها فهو آثم.

وقال ربيعة: هي من الأمر اللازم، وهي أفضل من صدقة سبعين دينارًا[7].

وقال ابن حبيب: هي أفضل من العتق ومن الصدقة[8]؛ لأنَّ إحياء السنن أفضل من التطوع[9].

---

(1) متفق على صحته، رواه البخاري: **7/ 102**، في باب التكبير عند الذبح، من كتاب الأضاحي، برقم **(5565)**.

ومسلم: **3/ 1556**، في باب استحباب الضحية، وذبحها مباشرة بلا توكيل، والتسمية والتكبير، من كتاب الأضاحي، برقم **(1966)** كلاهما عن أنس بن مالك ﷺ.

(2) كلمتا (خلاف بين) يقابلهما في (ز): (خلاف فيه بين).

(3) المدونة (صادر/ السعادة): **2/ 70** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 363**.

(4) في (ز): (انقضت).

(5) قوله: (ومن حبس أضحيةً حتى... الذبح؛ أثم) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 366**.

(6) قوله: (وقال بعض المتأخرين: التأثيم... به التأثيم) بنحوه في المعلم، للمازري: **3/ 85** والذخيرة، للقرافي: **4/ 151**.

(7) في (ك): (درهمًا)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(8) الجار والمجرور (ومن الصدقة) يقابلهما في (ز): (والصدقة).

(9) قوله: (وقال في كتاب ابن المواز: هي سنةٌ واجبة... من التطوع) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 310**.

ومنشأ الخلاف بين القولين تعارُض ظواهر، منها قوله ﷺ: «**من أهلَّ له هلال ذي الحجة فأراد أن يضحي فلا يأخذ من شعره ولا بشره شيئًا**»(1).

فظنَّ بعضهم أن قوله: (فأراد أن يضحيَ) يفيد كونها غير واجبة، وهذا فيه نظر؛ إذ يُقال: من أراد أن يصلِّي فليتوضأ، ولا يفيد ذلك أن الصلاة غير واجبة.

واحتجَّ من أوجبها بحديث أبي بردة بن نيار لما قال له النبي ﷺ [ك: 166/ب]: «**تُجْزِئُكَ وَلَنْ تُجْزِئَ عَنْ أَحَدٍ**[ز: 465/أ] **بَعْدَكَ**»(2).

قال اللخمي: القول: إنَّ الأضحية ليست بواجبة أحسن؛ لأنَّ الذمة بريئة فلا تعمر إلَّا بأمرٍ لا شكَّ فيه من آية أو سُنة أو إجماع، وقد عدم جميع ذلك، وبيَّن ذلك عليه السلام بقوله: «**أُمِرْتُ بِالنَّحْرِ، وَهُوَ لَكُمْ سُنَّةٌ**»(3).

ففرَّق بين(4) حكمها عليه وعلى أمته، ولو كانت واجبةً عليهم؛ لم يكن للتفرقة وجه.

وأما قوله ﷺ لأبي بردة رضي الله عنه: «**تُجْزِئُكَ وَلَنْ تُجْزِئَ عَنْ أَحَدٍ بَعْدَكَ**»، فإنه يريد: لن تجزئ عن تلك السنة؛ لأنَّ السنة لها صفةٌ يُؤتَى بها عليها فمن أخلَّ بها كانت بمنزلة من لم يأتِ بها(5).

---

(1) رواه مسلم: 3/ 1565، في باب نهي من دخل عليه عشر ذي الحجة وهو مريد التضحية أن يأخذ من شعره، أو أظفاره شيئًا، من كتاب الأضاحي، برقم (1977) عن أم سلمة رضي الله عنها، أن النبي ﷺ قال: «إِذَا دَخَلَتِ الْعَشْرُ، وَأَرَادَ أَحَدُكُمْ أَنْ يُضَحِّيَ، فَلَا يَمَسَّ مِنْ شَعَرِهِ وَبَشَرِهِ شَيْئًا».

(2) قوله: (ومنشأ الخلاف بين القولين تعارُض ظواهر، منها قوله... أحدٍ بعدك) بنحوه في المعلم، للمازري: 3/ 86.

والحديث متفق على صحته، رواه البخاري: 2/ 17، في باب الأكل يوم النحر، من أبواب العيدين، برقم (955).

ومسلم: 3/ 1553، في باب وقتها، من كتاب الأضاحي، برقم (1961) كلاهما عن البراء بن عازب رضي الله عنه.

(3) تقدم تخريجه في كتاب الأضحية: 32/6.

(4) ظرف المكان (بين) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(5) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1547.

إذا ثبت هذا، فهي على كل من قدر عليها من المسلمين إلَّا الحاج الذي بمنى فإنه لا أضحيةَ عليهم، وسنتهم الهدي.

وإنما قال: لا[1] أضحية على الحاج؛ فلأنَّ ما يُنحر بمنى هو هدي، ومن حقِّه أن يوقف[2] به بعرفة، ولأنَّ الحجاج بمنى لم يُخاطبوا بصلاة العيد؛ لأجل حجهم، فكذلك الأضحية[3].

ومما يدل على ذلك أيضًا ما رُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنه قلَّد وأشعَر ما ساقه من الهدايا[4]، ولم يضحِّ بشيءٍ منها.

وروى ابن وهب عن القاسم بن محمد أنه قال: كنَّا نحج مع عائشة رضي الله عنها فلم يكن يضحي منَّا أحد.

وروى النخعي أنَّ أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يحجان فلا يضحيان[5].

وأمَّا من لم يحج من أهل عرفة أو منى أو مكة؛ فإنهم بمنزلة غيرهم من أهل الآفاق.

وإنما قلنا ذلك[6]؛ لأنَّ الأخبار الواردة، والأدلة الصادرة عمومها يقتضي الأمر بالضحية في حقِّ كل مستقر في وطنه، خرج أهل مكة[7] إذا حجُّوا بدليل، وبَقِيَ إذا لم

---

(1) كلمتا (قال لا) يقابلهما في (ز): (قال ذلك: إنه لا).

(2) في (ك): (ينحر).

(3) قوله: (وإنما قال: لا أضحية على الحاج... فكذلك الأضحية) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 434 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 23.

(4) يشير إلى الحديث المتفق على صحته الذي رواه البخاري: 2/ 169، في باب من أشعر وقلد بذي الحليفة، ثم أحرم، برقم (1696).

ومسلم: 2/ 957، في باب استحباب بعث الهدي إلى الحرم لمن لا يريد الذهاب بنفسه واستحباب تقليده وفتل القلائد وأن باعثه لا يصير محرمًا ولا يحرم عليه شيء بذلك، من كتاب الحج، برقم (1321) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: «فَتَلْتُ قَلَائِدَ بُدْنِ النَّبِيِّ ﷺ بِيَدَيَّ، ثُمَّ قَلَّدَهَا وَأَشْعَرَهَا وَأَهْدَاهَا، فَمَا حَرُمَ عَلَيْهِ شَيْءٌ كَانَ أُحِلَّ لَهُ»، وهذا لفظ البخاري.

(5) قوله: (وروى ابن وهب عن القاسم بن محمد أنه قال: كنَّا نحج... فلا يضحيان) بنصِّه في شرح صحيح البخاري، لابن بطال: 6/ 10.

(6) اسم الإشارة (ذلك) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(7) في (ز): (منى).

يحجوا على الأصل[1].

(ووقتها يوم النحر ويومان بعده، ولا يضحَّى في الرابع)[2].

والأصل في ذلك قوله تعالى قوله تعالى: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّن بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ الآية [الحج: 28].

قال الطرطوشي: فأخبر تعالى أنَّ النحر يقع في أيام معلوماتٍ، وإنما أراد بالتسمية على الذبيحة في هذه الأيام، وأقل ما يقع عليه اسم الأيام ثلاثة[3] أولها يوم النحر.

قال: ويدل على ذلك قوله عليه السلام: «**أَيَّامُ مِنًى ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ**»[4]، ومعلومٌ أنه لم يُرد أيام الرمي؛ لأنَّ اليوم الرابع من أيام الرمي، فلم يبقَ إلَّا أنه أراد أيام الذبح، فالأيام المعلومات أيام النحر، وهي يوم النحر ويومان بعده.

قال ابن المواز: وقاله علي وابن عمر وابن عباس وأنس رضي الله عنهم وكثير من التابعين رضي الله عنهم[5].

قال ابن يونس: وما رُوِيَ عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنَّ الأضحى ثلاثة أيام بعد يوم النحر؛ فقد عِيبَ ذلك عليه، والذي قاله مالك هو الأمر المجتمَع عليه[6].

ولأنَّ اليوم الرابع يومٌ شُرعَ النفر قبله فلم يكن[7] من أيام الذبح كالخامس[8].

---

(1) قوله: (وأمَّا من لم يحج من أهل عرفة أو منى... على الأصل) بنحوه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): 4/ 216.

(2) التفريع (الغرب): 1/ 389 و(العلمية): 1/ 301.

(3) كلمة (ثلاثة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) جزء من حديث صحيح، رواه النسائي: 5/ 264، في باب فيمن لم يدرك صلاة الصبح مع الإمام بالمزدلفة، من كتاب مناسك الحج، برقم (3044).

والدارمي: 2/ 1200، في باب بما يتم الحج، من كتاب المناسك، برقم (1929) كلاهما عن عبد الرحمن بن يعمر الديلي رضي الله عنه.

(5) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 313.

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 35.

(7) جملة (يوم شُرعَ النفر قبله فلم يكن) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(8) قوله: (ولأنَّ اليوم الرابع يومٌ شُرعَ... الذبح كالخامس) بنصِّه في المنتقى، للباجي: 4/ 194.

[ك: 165/أ].

إذا ثبت هذا، فقال ابن المواز: أفضل الذبح في هذه الثلاثة أيام اليوم الأوَل منها[1].

والأصل في ذلك ما رُوي عن علي ﷺ أنه قال: "النحر ثلاثة أيام أولها أفضلها"[2].

إذا ثبت أنها ثلاثة فلها آدابٌ تخصُّها، وتتعلق [ز: 465/ب] بها، فمنها الذبح.

قال في كتاب ابن المواز: أفضل الذبح في هذه الأيام أولها بعد ذبح الإمام.

ابن المواز[3]: ولا يُراعى في اليوم الثاني والثالث ذبح الإمام، ولكن إذا ارتفعت الشمس وحلَّت الصلاة[4].

ومن آداب النحر[5] أنه يُستحب لمن أراد أن يضحي إذا أهلَّ هلال ذي الحجة ألَّا يقصَّ شيئًا من شعره[6]، ولا يقلم أظفاره حتى يضحي، ولا يَحْرُم ذلك عليه، قاله[7] الشيخ أبو بكر والقاضي أبو الحسن ابن القصَّار.

قال الباجي: ودليلنا على استحباب ذلك قوله ﷺ: «**إِذَا دَخَلَتِ الْعَشْرُ فَأَرَادَ أَحَدُكُمْ أَنْ يُضَحِّيَ فَلَا يَأْخُذْ مِنْ شَعْرِهِ، وَلَا مِنْ بَشَرِهِ شَيْئًا**»[8]، فإذا ضحَّى أخذ من كل ما

(1) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 313.

(2) كلمتا (أولها أفضلها) يقابلها في (ك): (أفضلها أولها) بتقديم وتأخير.

والأثر ضعيف، رواه مالك في موطئه بلاغًا: 3/ 695، في باب الضحية عما في بطن المرأة، من كتاب الضحايا، برقم (1775).

والبيهقي في سننه الكبرى: 9/ 500، برقم (19254) كلاهما عن علي بن أبي طالب ﷺ، أنه قال: الْأَضْحَى يَوْمَانِ بَعْدَ يَوْمِ الْأَضْحَى.

(3) كلمة (ابن المواز) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(4) قوله: (ابن المواز: أفضل الذبح في هذه... وحلَّت الصلاة) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 313.

(5) كلمتا (آداب النحر) يقابلهما في (ز): (آداب يوم النحر).

(6) في (ز): (شعرٍ).

(7) في (ز): (قال).

(8) قوله: (أنه يُستحب لمن أراد أن يضحي إذا أهلَّ... بشره شيئًا) بنحوه في المنتقى، للباجي: 4/ 176 و177.

=

مُنِع من أخذه.

ومن "الواضحة" قال مالك: ووقت ذبح الضحايا في اليوم الأول من ضُحى إلى زوال الشمس، ويُكره بعد ذلك إلى العِشاء، فمن جهل فذبح حينئذٍ؛ أجزأه.

وكذلك الثاني يذبح من ضحى إلى زوال الشمس، فإن لم يُضحِّ حتى زالت الشمس؛ فإنه يؤمَر بالصبر إلى ضحى اليوم الثالث.

فإن لم يضحِّ إلى عشاء اليوم الثالث؛ فهذا يؤمر أن يضحي إلى غروب الشمس[1].

وحُكي عن بعض فقهاء القيروان أنَّه قال: سمعت أبا الحسن بن القابسي يُنكر قول ابن حبيب هذا، وقال: بل اليوم الأول كله الذبح أفضل فيه من اليوم[2] الثاني، والثاني أفضل من الثالث[3].

(ولا يضحى بليل)[4].

والأصل في ذلك قوله: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّن بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ الآية [الحج: 28]، فذكر الأيام دون الليالي[5].

قال ابن القاسم: وأخبرني من أثقُ به أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ ضَحَّى بِاللَّيْلِ فَلْيُعِد**»[6].

والحديث صحيح، رواه النسائي: 7/ 212، في كتاب الضحايا، برقم (4364).

والبيهقي في سننه الكبرى: 9/ 441، برقم (19027) كلاهما عن أم سلمة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا.

(1) قوله: (ومن "الواضحة" قال مالك: ووقت ذبح الضحايا... غروب الشمس) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 315، والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 36.

(2) كلمة (اليوم) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) قوله: (وحُكي عن بعض فقهاء القيروان أنه قال... من الثالث) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 36.

(4) في (ز): (بالليل)

التفريع (الغرب): 1/ 389 و(العلمية): 1/ 301.

(5) قوله: (والأصل في ذلك قوله:... دون الليالي) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 34.

(6) قول ابن القاسم بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1558.

والحديث لم أقف عليه، والذي وقفت عليه رواه البيهقي في سننه الكبرى: 9/ 487، برقم (19200) عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنٍ، أَنَّهُ قَالَ لِقَيِّمٍ لَهُ جَدَّ نَخْلَهُ بِاللَّيْلِ: أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ جِدَادِ اللَّيْلِ

ولأنها قربةٌ تتعلق بالعيد؛ فلم يجُز أن تُفْعَل ليلًا كالصلاة[1].

ونقل أبو الحسن ابن القصَّار عن مالك أنه إذا ضَحَّى بالليل؛ أجزأه[2].

ووجهه أنَّ كل موضعٍ ذكرت فيه الأيام؛ فالمراد بلياليها، وكل موضع ذُكرت فيه الليالي؛ فالمرادُ بأيامها.

ولو حلف ألَّا يُكلم فلانًا ثلاثة[3] أيام دخلت فيه الليالي، ولأنه ذبحٌ فجاز أن يُفْعَل ليلًا كسائر الذبائح.

قال اللخمي: وكل هذا الاختلاف فيما سوى ليلة النحر، ولا خلاف أن من نحر تلك الليلة أو ذبح؛ لم يجزه؛ لأنَّ الواجب لم يدخل بعد.

قال: وكذلك الليلة الرابعة لا يضحى فيها؛ لأنَّ الوقت قد خرج[4].

وقال أشهب: يجزئ في الهدايا ولا يجزئ في الضحايا؛ [ك: 165/ب] لأنَّه من باب قضاء المناسِك الذي عليه؛ كالرمي وغيره.

قال الأبهري: ألا ترى أنَّ من نحر أضحيته قبل الإمام وهو من أهل القرى التي بها الأئمة أنه يعيد، وأن[5] من نحر الهدي قبل الإمام وبعد طلوع الفجر؛ لم يُعد[6].

[فيما يجزئ من الأنعام للأضاحي]

(والسِّنُّ الذي يجزئ فيها[7] الجذع من الضأن، والثنيُّ مما سواه من المعز والإبل والبقر.

=

وَصِرَامِ اللَّيْلِ؟ أَوْ قَالَ: وَحَصَادِ اللَّيْلِ. قَالَ سُفْيَانُ: يُقَالُ: حَتَّى يَكُونَ بِالنَّهَارِ وَيَحْضُرَهُ الْمَسَاكِينُ.

(1) قوله: (ولأنها قربةٌ تتعلق بالعيد... ليلًا كالصلاة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 441**.

(2) قول ابن القصَّار بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1558**.

(3) في (ك): (عشرة).

(4) جملة (وكل هذا الاختلاف فيما... قد خرج) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) جملة (ألا ترى أن من نحر... يعيد وأن) يقابلها في (ز): (أن).

(6) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1559**.

(7) في (ز): (فيه).

وأفضلها الغنم ثم البقر ثم الإبل بخلاف الهدي، والضَّأن من الغنم أفضل من المعز[1]، وفحول كل جنس أفضل من إناثه)[2].

والأصل في ذلك ما خرجه مسلم عن جابر بن عبد الله ﵄ أنَّه قال: قال رسول الله ﷺ: «**لَا تَذْبَحُوا إِلَّا مُسِنَّةً؛** [ز: 466/أ] **إِلَّا أَنْ يَعْسُرَ عَلَيْكُمْ، فَتَذْبَحُوا جَذَعَةً مِنَ الضَّأْنِ**»[3]، فقصر الجذع على جنسٍ مخصوص وهو الضأن[4].

قال القاضي عبد الوهاب: ولا خلاف في جوازه[5].

وأما الجذَع من غير الضأن؛ فلا يجزئ[6].

قال مالك في كتاب ابن المواز: والثنيُّ من الضأن أحبُّ إليَّ[7].

قال الباجي[8]: لأنَّ في ذلك خروجًا عن الخلاف، ولأنَّ الثني فيه من تمام الجسم[9] وكماله ما يفضل به الجذع[10].

واختُلِفَ في سن الجذع من الضأن، فقال ابن حبيب: الجذع من الضأن والمعز ابن سنة تامَّة، وقاله أشهب[11].

قال الباجي: وعلى هذا أكثر الناس، وقال علي بن زياد وسحنون وابن شعبان: هو

---

(1) في (ك): (البقر)، وما اخترناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): **1/ 390** و(العلمية): **1/ 303.**

(3) رواه مسلم: **3/ 1555**، في باب سن الأضحية، من كتاب الأضاحي، برقم (**1963**) عن جابر بن عبد الله ﵄.

(4) قوله: (فقصر الجذع على جنسٍ مخصوص وهو الضأن) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 908.**

(5) المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 435.**

(6) قوله: (وأما الجذَع من غير الضأن؛ فلا يجزئ) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 908.**

(7) قول الإمام مالك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 318.**

(8) كلمتا (قال الباجي) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(9) في (ك): (الجنس)، وما اخترناه موافق لما في منتقى الباجي.

(10) المنتقى، للباجي: **4/ 171.**

(11) قوله: (فقال ابن حبيب: الجذع من الضأن... وقاله أشهب) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 318.**

ما أكمل ستةَ أشهر ثم جاوزها[1].

قال ابن أبي زيد: وقيل: ابن[2] عشرة أشهر[3].

وقيل: ابن ثمانية أشهر[4].

وقال ابن حبيب: والثني من المعز ابن سنتين.

وجذع البقر ابن[5] سنتين، وثنيها ابن أربع سنين.

وجذع الإبل ابن خمس سنين، وثنيها ابن ست سنين[6].

وقال القاضي[7] عبد الوهاب: الثنيُّ من المعز ما له سنة، وقد دخل في الثانية، ومن البقر ما له سنتان، وقد دخل في الثالثة، ومن الإبل ما له ست سنين؛ لأنه يلقي[8] ثنيته[9].

إذا ثبت هذا؛ فأفضلها الغنم ثم البقر ثم الإبل؛ لأنَّ المراعى طِيب اللحم.

وقال أبو حنيفة والشافعي: أفضلها الإبل ثم البقر ثم الغنم.

ودليلنا ما خرجه مسلم عن أنس رضي الله عنه: أن النبيَّ ﷺ «**ضَحَّى بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ أَقْرَنَيْنِ**»[10]، فلو كانت الإبل في الضحايا أفضل لضحَّى بها؛ لأنَّ المراعى طِيب اللحم

---

(1) المنتقى، للباجي: 4/ 167.

(2) كلمة (ابن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(3) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 318.

(4) قوله: (وقيل: ابن ثمانية أشهر) بنصِّه في المنتقى، للباجي: 4/ 167.

(5) كلمة (ابن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(6) قول ابن حبيب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 318.

(7) كلمة (القاضي) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(8) في (ز): (يأتي)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(9) المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 436.

(10) متفق على صحته، رواه البخاري: 7/ 102، في باب التكبير عند الذبح، من كتاب الأضاحي، برقم (5565).

ومسلم: 3/ 1557، في باب استحباب الضحية، وذبحها مباشرة بلا توكيل، والتسمية والتكبير، من كتاب الأضاحي، برقم (1966) كلاهما عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

ورطوبته دون كثرته[1].

وفحول كل جنسٍ أفضل من إناثه، قاله في "مختصر ابن عبد الحكم".

وقال في "المبسوط": الذكر والأنثى في الضحايا والهدايا سواء[2].

قال أبو العالية: كانوا يستحبُّون الكبش على النعجة، والنعجة على العنز، والعنز على التيس[3].

قال مالك في "مختصر ابن عبد الحكم" وغيره [ك: 164/أ]: فحولُ الضأنِ في الضحايا أفضل من إناثها، وإناثها أفضل من فحول المعز[4]، وفحول المعز أفضل من إناثها، وإناثها أفضل من الإبل والبقر في الضحايا.

وأما في[5] الهدايا؛ فالإبل والبقر أفضل[6].

واختُلف في الخصيِّ، فقال في "المختصر": الفحلُ أَوْلَى[7].

وقال ابن حبيب: الفحلُ السمين أحبُّ إليَّ من الخصيِّ السمين، والخصيُّ السمين أحبُّ إليَّ من الفحل المهزول، والفحل أحبُّ إليَّ من النعجة.

قال ابن حبيب: وروى ابن وهب عن عددٍ من الصحابة والتابعين أنهم كانوا يستحبون أن تكون الضحية بكبش عظيم سمين فحل أقرن أملح[8].

---

(1) المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 435.

(2) في (ك): (بالسواء).

قوله: (وفحول كل جنسٍ أفضل من إناثه... والهدايا سواء) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1552.

(3) قوله: (قال أبو العالية: كانوا يستحبُّون الكبش... على التيس) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 26.

(4) في (ز): (البقر) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(5) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(6) المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 635 والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 315.

(7) قوله: (واختُلف في الخصيِّ... الفحلُ أَوْلَى) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1552.

(8) قوله: (وقال ابن حبيب: الفحلُ السمين أحبُّ... أقرن أملح) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 315.

والأملح ما كان بياضُه أكثر من سواده، فينظر في سواد، ويرتع في سواد، ويشرب في سواد.

قال ابن شعبان: وأن يكون تامَّ الذنَب، وافر الأذنين والبصر، مأخوذٌ من أطيب الكسب(1).

قال بعض أصحابنا: لأنها قربةٌ فيُستحب(2) أنَّ [ز: 466/ب] تكون من أعلى المكاسب.

وقد سُئِلَ النبي ﷺ أيُّ الرقابِ أفضل في العتق؟ فقال: «**أَغْلَاهَا ثَمَنًا**»(3).

والفحلُ أحبُّ إليهم من الخصي، والخصي أحبُّ إليهم من النعجة، والنعجة أحبُّ إليهم من التيس(4).

واختُلف في سمين الأضحية؛ فالجمهور(5) على جوازه.

وفي البخاري: عن أبي أمامة ﵁ "كُنَّا نُسَمِّنُ الأُضْحِيَّةَ بِالْمَدِينَةِ، وَكَانَ المُسْلِمُونَ يُسَمِّنُونَ"(6).

وحكى ابن نصر عن ابن القرطي أنَّه قال: يكره ذلك؛ لئلَّا يتشبه باليهود(7).

---

(1) الزاهي، لابن شعبان (بتحقيقنا)، ص: **344**.

(2) في (ز): (يُستحب).

(3) قوله: (لأنها قربةٌ فيُستحب أن... ثمنًا) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1575**.

والحديث صحيح، رواه مالك في موطئه: **5/ 1133**، في باب فضل الرقاب، وعتق زانية، وابن زنا، من كتاب العتاقة والولاء، برقم **(618)** من حديث عائشة ﵂.

وابن ماجة: **2/ 843**، في باب العتق، من كتاب العتق، برقم **(2523)** من حديث أبي ذر ﵁.

(4) قوله: (والفحلُ أحبُّ إليهم من... من التيس) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 315**.

(5) في (ز): (فالمشهور)، وما رجحناه موافق لما في إكمال عياض.

(6) رواه البخاري معلقًا: **7/ 100**، في باب أضحية النبي ﷺ بكبشين أقرنين، ويذكر سمينين، من كتاب الأضاحي، عن أبي أمامة ﵁.

(7) قوله: (واختُلف في سمين الأضحية؛ فالجمهور... يتشبه باليهود) بنصِّه في إكمال المعلم، لعياض: **6/ 408**.

(ولا يضحى بشيءٍ من الطير، ولا بشيءٍ من الوحش)[1].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ لم يُروَ عنه، ولا عن أحدٍ من أصحابه أنه ضحى بشيءٍ من ذلك، ولأنه ذبحٌ متقرب به[2] إلى الله تعالى، فأشبه الهدايا[3].

قال ابن شعبان: اتفق أصحابنا في أجنة إناث الوحش من فحول الأهلية أنه لا يضحى بها.

قال: واختلفوا في أجنة إناث الأهلية من فحول الوحش هل يضحَّى بها؟ أم لا؟

قال: والذي أقولُ به إجازة ذلك؛ لأنها تبع لأمهاتها[4].

قال الباجي: وإنما منع بعض أصحابنا إذا كانت الفحول وحشية؛ لأنها اجتمع فيها[5] الحظر والإباحة فغلب الحظر[6].

[في من يضحي عنهم]

(ولا بأس أن يضحي الرجل عنه وعن أهل بيته بشاةٍ واحدة.
والبدنة والبقرة والشاة في ذلك بمنزلةٍ واحدة)[7].

والأصلُ في ذلك ما خرجَّه الترمذي عن عطاء بن يسار أنه قال: سألت أبا أيوب الأنصاري رضي الله عنه كيف كانت الضحايا على عهد رسول الله ﷺ؟

فقال: "كَانَ الرَّجُلُ يُضَحِّي بِالشَّاةِ عَنْهُ وَعَنْ أَهْلِ بَيْتِهِ، فَيَأْكُلُونَ وَيُطْعِمُونَ حَتَّى تَبَاهَى النَّاسُ، فَصَارَتْ كَمَا تَرَى"، حديث حسن صحيح[8].

---

(1) التفريع (الغرب): 1/ 390 و(العلمية): 1/ 303.

(2) كلمة (به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) قوله: (لأن النبيَّ ﷺ لم يُرو عنه... فأشبه الهدايا) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 435.

(4) انظر: الزاهي، لابن شعبان (بتحقيقنا)، ص: 342.

(5) في (ك): (فيه).

(6) المنتقى، للباجي: 4/ 173.

(7) التفريع (الغرب): 1/ 390 و391 و(العلمية): 1/ 303.

(8) صحيح، رواه الترمذي: 4/ 91، في باب ما جاء أن الشاة الواحدة تجزي عن أهل البيت، من أبواب =

إذا ثبت هذا فأضحية الإنسان عن [ك: 164/ب] غيره على خمسة أوجه:

أحدها أن يضحّي عمَّن تلزمه نفقته؛ لقرابته.

الثاني أن يكون متطوعًا بالنفقة عليهم؛ لقرابته.

الثالثة أن يكون متطوعًا بالنفقة عليهم، ولا قرابة بينه وبينهم.

الرابع أن تكون واجبةً، ولا قرابة بينه وبينهم كالزوجة ومن استؤجر بنفقته.

الخامس ألَّا[1] يكون في نفقته ولا قرابة بينهم[2].

فالأول: أضحيته عمَّن تلزمه نفقته من القرابة، وهم الأولاد إذا كانوا فقراء؛ ذكورًا كانوا أو إناثًا، والأبوان إذا كانوا فقراء[3]؛ فهؤلاء عليه أن يضحي عنهم.

الثاني: إذا كان متطوعًا بالنفقة عليهم لقرابته؛ كالولد والأبوين مع اليُسر، وكالأجداد والأخ وابن الأخ والعم وابن العم، فكل هؤلاء لا تلزمه الأضحية عنهم، وليس تطوعه بالإنفاق مما يُوجب الأضحية عليه عنهم[4].

قال ابن المواز[5]: [ز: 467/أ] وإذا كان أبواه مليَّين وأراد أن يضحي عنهما؛ ضحَّى عن كل واحدٍ بشاة؛ إلَّا أن تكون زوجة للأب فيدخلهما في شاةٍ، كما لو بعث بها إلى الأب فيذبح الأب[6] عنه وعن زوجته.

=

الأضاحي، برقم (1505).

وابن ماجة: 2/ 1051، في باب من ضحى بشاة، عن أهله، من كتاب الأضاحي، برقم (3147) كلاهما عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه.

(1) في (ز): (أن)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(2) كلمتا (قرابة بينهم) يقابلهما في (ك): (قرابة بينه وبينهم).

(3) جملة (ذكورًا كانوا أو إناثًا، والأبوان إذا كانوا فقراء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(4) من قوله: (فأضحية الإنسان عن غيره على خمسة أوجه) إلى قوله: (مما يُوجب الأضحية عليه عنهم) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1549 و1550.

(5) في (ز) و(ك): (حبيب)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد وجامع ابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 41 وتبصرة اللخمي (بتحقيقنا): 3/ 1548.

(6) كلمتا (فيذبح الأب) يقابلهما في (ز): (فذبحها إذن).

قال ابن ميسر: وذلك بإذن الأب.

قال ابن حبيب: وله أن يدخل من له فيه[1] علقة رقٍّ في أضحيته، وليس ذلك عليه فيهم ولا عليهم.

قال: وليس عليه أن يدخل في أضحيته من بلغ من ولده[2] وإن كان فقيرًا؛ إلَّا أن يشاء؛ لسقوط نفقته عنه، فإن أدخله في أضحيته؛ أجزأ ذلك عن الولد؛ فقيرًا كان أو مليًّا[3] إذا كان في نفقة أبيه وفي بيته، وكذلك الصغير الموسر.

قال: ولو أدخل في أضحيته من قد ضمَّه إلى عياله من أخٍ، أو ابن أخ، أو قريب؛ فذلك يجزئ عنهم[4]، ولا يجزئ إدخال[5] الشريك والمرافق له في السفر ونحوهما من الأجنبيين[6].

قال الباجي: فأباح ابن حبيب أن يدخل غيره في[7] أضحيته بثلاثة أسباب:

أحدها الإنفاق عليه.

والثاني المساكنة.

والثالث القرابة.

قال: ومِن ذلك النكاح والولاء؛ إذ هو لحمةٌ كلُحمة النسب[8].

الثالث: إذا كان متطوعًا بالنفقة، ولا قرابة بينه وبينهم؛ فلا يجوز له أن يدخلهم في أضحيته، فإن فعل؛ لم يجزئه ولم يجزئهم.

---

(1) عبارة (من له فيه) يقابلها في (ز): (فيه من له) بتقديم وتأخير.

(2) في (ز): (ولد).

(3) في (ك): (غنيًّا).

(4) كلمة (عنهم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(5) كلمة (إدخال) يقابلها في (ك): (إذا دخل)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(6) قوله: (وإذا كان أبواه مليَّين وأراد أن يضحي... من الأجنبيين) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 310** وما بعدها.

(7) كلمتا (غيره في) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(8) المنتقى، للباجي: **4/ 191**.

الرابع: إذا كانت النفقة واجبةً عليه من باب المعاوضات[1]، كالأجير بطعامه، فإن ذلك لا يوجب[2] الأضحية عليه، ولا يجزئه أن يدخله في أضحيته، ويجوز مثل ذلك في الزوجة خاصة، ولا[3] يجب عليه أن يضحي عنها؛ لأنَّ وجوب نفقتها من باب المعاوضات عن الاستمتاع، ففارقت نفقة الولد والأبوين؛ بخلاف زكاة الفطر[4].

والفرق بينهما أنَّ زكاة الفطر زكاة أبدان فهي كالنفقة التي [ك: 163/أ] هي للأبدان[5]، فوجبت عليه كوجوب نفقتها، والأضحية إنما هي قربةٌ، ولا يلزمه أن يتقرَّب عن زوجته، كما لا يلزمه أن يتصدَّق عنها، ويجب عليها أن تضحي عن نفسها[6].

الخامس: ألَّا يكون في نفقته ولا قرابةَ بينه وبينه، فهذا لا يجوز له أن يدخله في أضحيته كان أجنبيًّا أو ذا قرابة، فإن فعل؛ لم يجزئهم ولم يجزئه[7]، وعلى جميعهم الإعادة[8].

(ولا بأس أن يضحِّي الرجل عن أم ولده وعبده)[9].

اعلم أنه لا أضحية على عبدٍ ولا مكاتب ولا مدبَّر؛ لأنها إنما تجب على من كان

---

(1) عبارة (من باب المعاوضات) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(2) في (ك): (يجوز).

(3) في (ز): (وما).

(4) قوله: (الثالث: إذا كان متطوعًا بالنفقة، ولا... زكاة الفطر) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1550 و1551**.

(5) في (ك): (للأبوين)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) قوله: (والفرق بينهما: أن زكاة الفطر زكاة أبدان... عن نفسها) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 40**.

(7) عبارة (يجزهم ولم يجزئه) يقابلها في (ك): (يجزئه ولم يجزهم) بتقديم وتأخير.

(8) قوله: (الخامس: ألَّا يكون في نفقته ولا قرابةَ... جميعهم الإعادة) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1551**.

(9) التفريع (الغرب): **1/ 391** و(العلمية): **1/ 304**.

قادرًا عليها، والعبد والمكاتب والمدبَّر لا قدرةَ لهم عليها؛ فلم يُخاطبوا بها[1].

فإذا ثبت ذلك؛ فللسيِّد أن يضحيَ عنهم، قاله ابن القاسم[2]، ورأى أنه متطوع [ز: 467/ب] بذلك.

(ويُضحِّي عن المولود يولد له)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّه ممن لزمت[4] أباه نفقته؛ فكذلك تلزمه أضحيته.

(وإذا أسلم النصراني في أيام الذبح؛ ضحَّى عن نفسه)[5].

وإنما قال ذلك؛ لأنه أسلمَ في وقتِ الوجوب، بخلاف زكاة الفطر.

(ولا يُضحَّى عن جنينٍ في بطن أمه)[6].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّه في حكم العدم، ولا يدري أحيٌّ هو أو ميِّت، ولأنَّ الأحكام لم تجرِ عليه، بدليل أنه لا يرِث ولا يورث[7].

ورَوى مالك في موطئه عن نافع: أنَّ عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لم يضحِّ عمَّا في بطن المرأة[8].

(ولا يجوز أن يشترك اثنان فما فوقهما في أضحيةٍ واحدة، يُخرجون الثمن، ويقتسمون اللحم)[9].

---

(1) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) قوله: (فإذا ثبت ذلك؛ فللسيِّد أن يضحي عنهم، قاله ابن القاسم) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 1/ 418.

(3) التفريع (الغرب): 1/ 391 و(العلمية): 1/ 304.

(4) في (ز): (يلزم).

(5) التفريع (الغرب): 1/ 391 و(العلمية): 1/ 304.

(6) التفريع (الغرب): 1/ 391 و(العلمية): 1/ 304.

(7) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأنه في حكم... ولا يورث) بنحوه في المنتقى، للباجي: 4/ 195.

(8) في (ز): (أمه) وفي (ك): (امرأته)، وما رجحناه موافق لما في موطأ الإمام مالك.
الموطأ، للإمام مالك: 3/ 695.

(9) التفريع (الغرب): 1/ 391 و(العلمية): 1/ 304.

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ المقصود من كل واحد إراقة دمٍ، ولم يوجد من كل واحد إلَّا إراقة بعض دم[1]، وإنما جوَّز ذلك في حق الرجل وأهل بيته؛ لما رُوِيَ عن النبي ﷺ «**أنه ضحَّى عنه وعن أهل بيته بكبش**»[2]، ولأنَّ ذلك ليس بشركةٍ في لحم، وإنما ذلك اشتراك في ثواب.

ولأنَّ الاشتراك في الثمن يوجب اختصاص كل واحدٍ بقسط من اللحم، وذلك يقتضي القسمة وهي بيعٌ، وقد اتفقنا على منعه في الضحايا والهدايا[3].

فإن قيل: فقد رُوِيَ عن ابن عباس رضي الله عنهما أنَّه قال: "كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ فِي سَفَرٍ، فَحَضَرَ الأَضْحَى، فَاشْتَرَكْنَا فِي البَقَرَةِ سَبْعَةً، وَفِي البَعِيرِ عَشَرَةً"[4].

قال الباجي: أجاب ابن القصَّار والأبهري عن هذا بأنه يحتمل أن يكون النبيُّ ﷺ هو الذي نحر عنهم وكان الهدي جميعه له، قالا: ونحن إنما نمنع الاشتراك في رقبة الأضحية والهدي.

قال القاضي[5] أبو إسحاق: كما يذبحُ الرجلُ عنه وعن أهل بيته؛ **[ك: 163/ب]** لأنَّ المسلمين كلهم أهل النبي ﷺ وهو أبٌ لهم، وأزواجه أمهاتهم.

يدل على ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه لمَّا ذبح سمَّى الله، وقال: «**هَذَا عَنِّي،**

---

(1) عبارة (إلَّا إراقة بعض دم) يقابلها في (ز): (الإراقة بدم كامل).

(2) رواه مسلم: **3/ 1557**، في باب استحباب الضحية، وذبحها مباشرة بلا توكيل، والتسمية والتكبير، من كتاب الأضاحي، برقم **(1967)** عن عائشة رضي الله عنها: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَمَرَ بِكَبْشٍ أَقْرَنَ يَطَأُ فِي سَوَادٍ، وَيَبْرُكُ فِي سَوَادٍ، وَيَنْظُرُ فِي سَوَادٍ، فَأُتِيَ بِهِ لِيُضَحِّيَ بِهِ، فَقَالَ لَهَا: «يَا عَائِشَةُ، هَلُمِّي الْمُدْيَةَ»، ثُمَّ قَالَ: «اشْحَذِيهَا بِحَجَرٍ»، فَفَعَلَتْ: ثُمَّ أَخَذَهَا، وَأَخَذَ الْكَبْشَ فَأَضْجَعَهُ، ثُمَّ ذَبَحَهُ، ثُمَّ قَالَ: «بِاسْمِ اللهِ، اللهُمَّ تَقَبَّلْ مِنْ مُحَمَّدٍ، وَآلِ مُحَمَّدٍ، وَمِنْ أُمَّةِ مُحَمَّدٍ، ثُمَّ ضَحَّى بِهِ».

(3) قوله: (ولأن الاشتراك في الثمن يوجب... الضحايا والهدايا) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **1/ 506**.

(4) صحيح، رواه الترمذي: **4/ 89**، في باب ما جاء في الاشتراك في الأضحية، من أبواب الأضاحي، برقم **(1501)**.

والطبراني في الكبير: **11/ 336**، برقم **(11929)** كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(5) كلمة (القاضي) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

وَعَمَّنْ لَمْ يُضَحِّ مِنْ أُمَّتِي»، خرجه أبو داود[1].

قال الباجي: فعلى هذا التأويل يجوز للإمام أن يُدخِل غيره من رعيته في أضحيته[2].

[بدل الأضاحي]

(ولا بأس أن يبدِّل الرجل أضحيته بأعلى أو أدنى منها، والاختيار ألَّا يبدلها بأدنى منها)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنها لم تتعيَّن بالشراء أضحية؛ ألا ترى أنه لو قامت الغرماء على ربها؛ لوجب بيعُها لهم، ولو مات ربها قبل ذبحها لكانت ميراثا لورثته، وذلك يدلُّ على[4] أنها لم تتعيَّن.

ومما[5] يدل على ذلك -أيضًا[6]- ما رُوِيَ في حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه [ز: 468/أ] قال: أعطاني النبيُّ صلى الله عليه وسلم دينارًا؛ لأشتري له به[7] أضحيةً، فاشتريت أضحية[8] بدينار، ثم بعتها بدينارين، واشتريت له أخرى بدينار، وأتيته بالدينار وبالذي اشتريت، فتصدَّق به النبي صلى الله عليه وسلم ودعا لي بالبركة[9].

---

(1) صحيح، رواه أبو داود: 3/ 99، في باب الشاة يضحى بها عن جماعة، من كتاب الضحايا، برقم (2810).

والترمذي: 4/ 100، في باب من أبواب الأضاحي، برقم (1521) كلاهما عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(2) المنتقى، للباجي: 4/ 187 و188.

(3) التفريع (الغرب): 1/ 391 و(العلمية): 1/ 304.

(4) حرف الجر (على) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(5) كلمة (ومما) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) كلمة (أيضًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) كلمة (به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(8) كلمة (أضحية) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) ضعيف، رواه أبو داود: 3/ 256، في باب المضارب يخالف، من كتاب البيوع، برقم (3386) عن حكيم بن حزام رضي الله عنه.

والترمذي: 3/ 550، في باب من أبواب البيوع، برقم (1257)، وقال: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، =

إذا ثبت ذلك فالاختيار له أن لا يبدلها بأدنى منها؛ لأنه قد نوى بها أضحية ورَضِيَ بالتقرب بها، فالأَوْلَى له أن يبدلها بخيرٍ منها؛ لئلا يكون كالراجع في هبته، أو في وعده، وقد قال النبي ﷺ: «**الرَّاجِعُ فِي هِبَتِهِ**[1] **كالكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ**»[2].

فإن باعها واشترى بثمنها مثلها[3] أو خيرًا منها، واستفضلَ من الثمن شيئًا؛ فليتصدَّق به؛ لأنَّه جعله لله تعالى[4].

قال ابن المواز: قال ابن حبيب: فإنْ شحَّ؛ فليصنع بالفضل ما أحب، وبهذا قال من لقيتُ من أصحاب مالك[5].

(وإن أوجبَ رجلٌ أضحيته بعينها؛ لم يجز له أن يبدلها بغيرها)[6].

اعلم أنَّ من أوجب أضحيته بعينها، فقال: لله عليَّ أن أذبح هذه الضحية[7]، أو قد أوجبتها أضحية؛ لم يجز له أن يبدلها بغيرها سواء كان أعلى أو أدنى؛ لأنَّ قوله ذلك يقوم مقام التقليد والإشعار في الهدي، وهو لو[8] قلَّد الهدي وأشعره؛ لم يجُز له أن يبدله، كذلك إذا أوجب الأضحية بلسانه[9].

=

وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام.

(1) جملة (أو في وعده، وقد قال... في هبته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) صحيح، رواه النسائي: 6/ 267، في كتاب الهبة، برقم (3700) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

وأصله متفق على صحته، رواه البخاري: 3/ 164، في باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، من كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، برقم (2623).

ومسلم: 3/ 1239، في باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه، من كتاب الهبات، برقم (1620) كلاهما من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(3) كلمتا (بثمنها مثلها) يقابلها في (ز) و(ك): (بثمنها من ثمنها مثلها).

(4) قوله: (فإن باعها واشترى بثمنها من... لله تعالى) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 43.

(5) قوله: (قال ابن المواز: قال ابن حبيب: فإنْ شحَّ؛ فليصنع... أصحاب مالك) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 325.

(6) التفريع (الغرب): 1/ 391 و(العلمية): 1/ 305.

(7) في (ز): (أضحية).

(8) كلمتا (وهو لو) يقابلهما في (ز): (ولو).

(9) قوله: (من أوجب أضحيته بعينها،... بلسانه) بنحوع في النكت والفروق، لعبد الحق: 1/ 182.

(ومن ضاعت أضحيته، فأبدلها، ثم وجدها في أيام الذبح، أو بعدها؛ فليس عليه ذبحها.

وإن لم يبدلها؛ ذبحها إن وجدها في أيام الذبح، فإن وجدها في غير أيام الذبح؛ فليس عليه ذبحها؛ إلَّا أن يكون أوجبها قولًا؛ فيلزمه ذبحها)[1].

أما قوله: (**ومن ضاعت أضحيته، فأبدلها، ثم وجدها في أيام الذبح، أو بعدها؛ فليس عليه ذبحها**)[2]، فإنما قال ذلك؛ لأنَّ الأضحيةَ قد أتى بها [ك: 162/أ] وخرج عن عهدة[3] الأمر بالضحايا.

وأما قوله: (**وإن لم يبدلها ذَبَحها إنْ وجدها في أيام الذبح**) فإنما قال ذلك؛ لأنه يمكن أن يضحِّي بها؛ إذ الإبان قائم.

وأما قوله: (**وإن وجدها في غير أيام الذبح فليس عليه ذبحها**) فإنما قال ذلك؛ لأنَّ أيام الذبح قد خرجت، وليس على أحدٍ أن يضحي بعد أيام الذبح.

قال بعض شيوخنا: وهذا ظاهرٌ على القول بأنها سُنة؛ إذ السُّنن لا تُقضى إذا خرجت أوقاتها.

وأما على القول بأنها واجبة فيحتمل أن يقال: هي كزكاة الفطر فتقضى، ويحتمل أن يقال: هي من الواجبات التي إذا زال وقتها تسقط كالرمي.

وأما قوله: (**إلَّا أن يكون أوجبها قولًا فيلزمه ذبحها**) فإنما قال ذلك؛ لأنه قد أوجبها بالنية والقول[4]، وذلك يقوم مقام التقليد والإشعار في البدن.

---

(1) جملة (إلَّا أن يكون أوجبها قولًا؛ فيلزمه ذبحها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

التفريع (الغرب): **1/ 391** و(العلمية): **1/ 305**.

(2) جملة (أما قوله: (ومن ضاعت أضحيته... عليه ذبحها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) في (ك): (هذا).

(4) في (ك): (وبالقول).

قوله: (لأنه قد أوجبها بالنية والقول) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 33** والنكت والفروق، لعبد الحق: **1/ 182**.

[فيما يجوز وما لا يجوز من الأضاحي]

(ولا يضحِّي بعوراء، ولا عمياء[1]، ولا عجفاء[2]، ولا سكَّاء، ولا شديدة [ز: 468/ب] العرج، ولا بيِّنة المرض.

ولا بأس بالجمَّاء، والمكسورة القرن إذا كان لا يدمي.

ولا بأس بالخرقاء والشرقاء والعضْباء.

والاختيار أن يتقي العيب كله، والسليم أفضل من المعيب[3].

وفي بعض النُّسخ: تفسير هذه الألفاظ فـ (السكَّاء) هي[4] المخلوقة بغير أذنين.

و(الجمَّاء) هي المخلوقة بغير قرنين.

و(العضباء) هي[5] الناقصة الخلق.

و(الخرقاء) هي[6] المقطوع بعض أذنها من أسفله.

و(الشرقاء) هي[7] المشقوقة الأذن.

و(العجفاء) التي لا تُنْقِي وهي التي لا شحم فيها[8]، ولا مخَّ في عظامها لشدة هزالها.

و(العرجاء) البيِّن ظلعها وهي[9] الشديدة العرج التي لا تلحق بالغنم)[10].

والأصل في ذلك ما خرجه النسائي عن البراء بن عازب رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:

---

(1) كلمتا (بعوراء ولا عمياء) يقابلهما في (ز): (بعمياء، ولا عوراء) بتقديم وتأخير.

(2) كلمتا (ولا عجفاء) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(3) جملة (والاختيار: أن يتقي العيب... من المعيب) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) ضمير الغائب (هي) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(5) ضمير الغائب (هي) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(6) ضمير الغائب (هي) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(7) ضمير الغائب (هي) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(8) في (ز): (لها).

(9) ضمير الغائب (وهي) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(10) التفريع (الغرب): 1/ 391 و392 و(العلمية): 1/ 305 و306.

«**أَرْبَعَةٌ لا يُجْزِينَ فِي الْأَضَاحِيِّ الْعَوْرَاءُ الْبَيِّنُ عَوَرُهَا، وَالْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا، وَالْعَرْجَاءُ الْبَيِّنُ ظَلْعُهَا، وَالْعَجْفَاءُ الَّتِي لَا تُنْقِي**»[1].

واختُلِفَ هل يُقتصر على هذه الأربعة، ولا يقاس غيرها بها[2]؟ أم يلحق بها[3] غيرها؟

فالمعروف من المذهب أنَّ العيبَ إذا كان كبيرًا من[4] سوى هذه الأربعة أنها لا تجزئ معه قياسًا على الأربع.

وقال ابن القصَّار وغيره من البغداديين: إنها تجزئ، وقصروا عدم الإجزاء على ما وَرَدَ في الحديث.

إذا ثبت هذا؛ فالعيوب على ضربين:

عيبٌ يكون بجميع الجسد؛ كالمرض والعجف والبشم والجرب[5] والهرم والجنون.

والثاني: ما يكون ببعضها من نقص بالعين أو الأذن[6] أو القرن أو الفم من ذهاب الأسنان[7] أو بكم أو نتنٍ[8] أو بالضرع أو بالذَنَب[9] أو اليد أو الرِجل.

---

(1) صحيح، رواه مالك في موطئه: **3/ 687**، في باب ما ينهى عنه من الضحايا، من كتاب الضحايا، برقم **(470)**.

والنسائي: **7/ 215**، في باب العجفاء، من كتاب الضحايا، برقم **(4371)** كلاهما عن البراء بن عازب ﷺ.

(2) كلمتا (غيرها بها) يقابلهما في (ك): (عليها غيرها).

(3) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) كلمتا (كبيرًا من) يقابلهما في (ك): (كثيرًا).

(5) كلمتا (والبشم والجرب) يقابلهما في (ك): (والجرب والبشم) بتقديم وتأخير.

(6) كلمتا (أو الأذن) يقابلهما في (ك): (والأذن)، وعبارة (ببعضها من نقص، بالعين، أو الأذن) يقابلها في (ز): (بعضها من نقص، كالعين، أو الأذن).

(7) في (ز): (لسان).

(8) كلمتا (بكم أو نتن) يقابلهما في (ك): (ثلم الأذنين)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(9) في (ك): (الذنب).

فأمَّا ما يكون بجميع الجسدِ من المرض أو العجف[1] البيِّن، وهي [ك: 162/ب] التي لا تُنقي، فقد أحكمته[2] السنة.

ولا تجزئ الجرباء؛ لأنَّ الجرب مفسدٌ للحم[3]، ويضر بمن يأكله؛ لأنه نوعٌ من الجذام، وهذا إذا كان الجرب كثيرًا، وأما الخفيفُ؛ فلا بأس به.

ولا تجزئ البشيمة؛ لأنَّ البشم يفسد اللحم، وهي كالمريضة[4].

وقال ابن يونس: وهي[5] التي أصابتها التُّخمة من الأكل[6]؛ فلا يضحى بها.

قال اللخمي: إلَّا أن يكون خفيفًا[7].

وقال مالك في كتاب ابن المواز: تجزئ الهرمة.

قال أصبغ: ما لم يكن هرمًا بينًا[8].

وأما الجنون؛ فإنْ كان لازمًا؛ لم يجزئ، ولا يُتقرب إلى الله بمثل هذه.

قال: فإن كان يعرض المرة ثم يذهب؛ فذلك خفيف.

قال: وأما العَوَر فإن ذهب الانتفاع بتلك[9] العين أو أكثره؛ لم تجزئ، وإن ذهب أيسر ذلك؛ أجزأت[10].

---

(1) عبارة (من المرض أو العجف) يقابلها في (ك): (مثل المرض والعجف).

(2) كلمتا (فقد أحكمته) يقابلهما في (ز): (وقد اختلف)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) كلمتا (مفسدٌ للحم) يقابلهما في (ك): (يفسد اللحم).

(4) من قوله: (والأصل في ذلك ما خرجه النسائي عن البراء بن عازب قال: قال رسول) إلى قوله: (يفسد اللحم، وهي كالمريضة) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1576 و1577**.

(5) كلمة (وهي) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 31**.

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1577**.

(8) قوله: (وقال مالك في كتاب ابن المواز: تجزئ... هرمًا بينًا) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 317**.

(9) في (ز): (بتلف).

(10) قوله: (وأما الجنون؛ فإنْ كان لازمًا؛ لم يجزئ... ذلك؛ أجزأت) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1577 و1578**.

قال بعض شيوخنا: وهذا من باب إعطاء الأقل حكم الأكثر، وهو أصلٌ يُعتمد عليه.

وكذلك إن ذهب الأكثر من كل عين؛ لم تجزئ، وإن [ز: 469/أ] كان اليسير منها؛ أجزأت[1].

قال العبدي: ولا خلاف في العوراء البيِّن[2] عورها أنها لا تجزئ؛ للنصِّ الوارد في ذلك، ولأن العَوَر عيبٌ ظاهر يُذهب الجمال وينقص المنفعة، فوجَب أن يُمنع كذهاب أحدِ الأطراف.

فإذا ثبت هذا في العوراء؛ كانت العمياءُ أحرى بالمنع؛ لأنَّ عيبَها أشد، وإنما نبَّه بالعور على ما هو أشد منه[3].

وأما البياضُ يكون في العين فإن كان على الناظر؛ لم يجز، وهي العوراء، وإن كان خارجًا عن الناظر؛ فلا يضر[4]؛ لأنه كالبُثْرة تكون في اليد أو في[5] الرِّجل.

وأما الشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة والسكاء والصمعاء.

فالشرقاء هي المشقوقة الأذنين.

والخرقاء[6] هي التي تخرق أذنها السمة[7].

وقال ابن الجلَّاب والقاضي عبد الوهاب: هي المقطوعة بعض أذنها من أسفله[8].

---

(1) قوله: (وكذلك إن ذهب الأكثر من كل عين... منها؛ أجزأت) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1578.

(2) في (ز): (اليسير).

(3) قوله: (فإذا ثبت هذا في العوراء... أشد منه) بنحوه في الاستذكار، لابن عبد البر: 5/ 215.

(4) قوله: (وأما البياضُ يكون في العين... فلا يضر) بنصِّه في المنتقى، للباجي: 4/ 164.

(5) حرف الجر (في) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(6) كلمة (والخرقاء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) قوله: (وأما الشرقاء والخرقاء والمقابلة... أذنها السمة) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1578.

(8) المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 437.

والمقابلة من قطع من أذنها من قبل وجهها[1].

قال ابن شعبان: وقيل: هي[2] التي قُطع من مقدَّم أذنها شيءٌ ثم ترك معلقًا لا يبين[3].

والمدابرة من قُطع من أذنها من قِبل قفاها[4].

قال ابن شعبان: وقيل: هي التي قطع من مؤخر أذنها شيء، ثم ترك معلقًا لا يبين[5].

والسكَّاء: الصغيرة الأذنين[6].

قال ابن القاسم: ونحن نسميها الصمعاء، ولو خُلِقَت بغير أذنين؛ لم يجز[7].

وقال أشهب: إذا ذهب أيسر الأذن؛ أجزأت، وإن ذهب أكثرها؛ لم تجزئ، وكذلك ذكر في العين.

قال: إن لم يذهب من النظر إلَّا أقله؛ فإنها تجزئ، وإن ذهب أكثره؛ فإنها لم تجزئ.

واختُلف في الثلث، فقال ابن حبيب: هو كثير كالثلث من الذَنَب[8].

وقال ابن المواز: النصف [ك: 161/أ] كثير من غير أن أحدَّ فيه حدًّا[9].

قال الباجي: والأظهر من مذاهب أصحابنا أنَّ ذهاب ثلث الأذن في حيِّزِ اليسير،

---

(1) قوله: (والمقابلة: من قطع من أذنها من قبل وجهها) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1578**.

(2) كلمتا (وقيل: هي) يقابلهما في (ز): (وهي).

(3) الزاهي، لابن شعبان (بتحقيقنا)، ص: **343**.

(4) قوله: (والمدابرة: من قُطع من أذنها من قِبل قفاها) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1578**.

(5) الزاهي، لابن شعبان (بتحقيقنا)، ص: **343**.

(6) في (ز): (الأذن).

قوله: (والسكَّاء: الصغيرة الأذنين) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1578**.

(7) المدونة (صادر/ السعادة): **2/ 72** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 367**.

(8) قول ابن حبيب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 318** وبنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1579**.

(9) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 316**.

وثلث الذَنَب في حيز الكثير؛ لأنَّ الذَنَب عضو من الأعضاء [ذو][1] لحم وعظم، والأذن ليس فيه غير طرف جلد [لا يكاد يتألم بقطعه ولا يُستضر به][2]؛ لأنَّ كثيره ينقص الجمال[3].

والشقُّ أيسَر من الشين؛ لأنَّ جميعها موجود، وليس كذلك[4] في الشين.

قال اللخمي: وأرى أن يجزئ، وإن بلغ الشق للنصف[5].

قال الباجي: والشق عندي لا يمنع الإجزاء؛ إلَّا أن يبلغ من الأذن مبلغًا يشوه الخلقة[6].

ورُوِيَ عن[7] علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: «**أَمَرَنَا رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ نَسْتَشْرِفَ العَيْنَ وَالأُذُنَ، وَأَنْ لا نُضَحِّيَ بِعَوْرَاءَ وَلَا مُقَابَلَةٍ وَلَا مُدَابَرَةٍ وَلَا شَرْقَاءَ وَلَا خَرْقَاءَ وَلَا بَتْرَاءَ**»[8].

وأما الفم فإن كان ذهاب الأسنان من تكسيرٍ وما أشبه ذلك؛ فإنها لا تجزئ[9].

قال في "المبسوط": لأنه نقصٌ من خلقها.

قال الباجي: فصار عيبًا فيها[10].

---

(1) كلمة (ذو) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) عبارة (لا يكاد يتألم بقطعه ولا يُستضر به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) جملة (قال الباجي: والأظهر... الجمال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).
المنتقى، للباجي: **4/ 165**.

(4) كلمتا (وليس كذلك) يقابلهما في (ز): (وكذلك).

(5) قوله: (والشقُّ أيسَر من الشين؛ لأن... للنصف) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1579**.

(6) المنتقى، للباجي: **4/ 165**.

(7) حرف الجر (عن) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(8) ضعيف، رواه أبو داود: **3/ 97**، في باب ما يكره من الضحايا، من كتاب الضحايا، برقم **(2804)**.
والنسائي: **7/ 216**، في باب المدابرة: وهي ما قطع من مؤخر أذنها، من كتاب الضحايا، برقم **(4373)** كلاهما عن علي رضي الله عنه.

(9) قوله: (ورُوى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: أمرنا... لا تجزئ) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1579** و**1580**.

(10) قوله: (قال في "المبسوط": لأنه...عيبًا فيها) بنصِّه في المنتقى، للباجي: **4/ 166**.

قال ابن حبيب: وإن كان من إثغارٍ؛ أجزأت[1].

واختُلِفَ إذا كان من كِبَر، فقال مالك في كتاب ابن المواز: لا بأس بالتي تسقط أسنانها من [ز: 469/ب] كبر أو هرمٍ؛ لأنَّ ذلك ليس بعيبٍ؛ إذ هو أمر معتاد.

قال أصبغ: ما لم يكن الهرم بينًّا.

وقال ابن حبيب: لا يجزئ[2].

وأما البكَم؛ فإنها لا تجزئ معه.

والنتن في الفم مما يُتَّقى؛ لأنَّ ذلك عيب[3].

وأما القرن فقال ابن المواز: لا بأس أن يضحى بمستأصلة القرنين[4] كالجلحاء[5].

قال بعض أصحابنا: لأنَّ القرن لا منفعة فيه للأكل، وإنما منعناه إذا أدمى؛ لأنه مرض[6].

قال أبو إسحاق: ولأن ذلك ليس ينقص في الخلقة، ولا ينقص من اللحم؛ لأنَّ النعاج لا قرون لها، والجماء لا قرن لها، ولا فيها نقصٌ[7].

بخلاف من خُلقت بغير أذنين، أو قطعت أذناها؛ لأن في ذلك نقصًا وخلافًا للخَلق المعتاد.

وقال ابن حبيب: لا تجزئ[8] الأضحية بعضباء، وهي المكسورة الداخل والخارج، وإن لم تُدمِ، وإن ذهب الخارجُ والداخلُ صحيحٌ؛ أجزأت، وإنما يراعى أن

---

(1) قول ابن حبيب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 317.

(2) قوله: (واختُلف إذا كان من كِبَر... وقال ابن حبيب: لا يجزئ) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 317.

(3) قوله: (وأما البكَم؛ فإنها لا... ذلك عيب) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1580.

(4) في (ز): (القرن).

(5) في (ز): (كالجمَّاء).

وقول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 316.

(6) قوله: (لأنَّ القرن لا منفعة فيه... لأنه مرض) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 438.

(7) قول أبو إسحاق بنحوه في التوضيح، لخليل (بعنايتنا): 3/ 268.

(8) في (ز): (تجوز).

يدمي كسرها[1] خارج القرن، فإن لم يدم؛ فهي جائزة[2].

قال ابن شعبان: وأكره الأقصم وهي كسر القرن الخارج[3]، والأعضب كسر الداخل.

قال: وإذا عضب من القرن نصفه؛ وجب اتقاؤه.

وقد قيل: إذا كان لا دم به؛ فلا بأس به، والأول أحبُّ إليَّ[4].

قال الجوهري في[5] العضباء: الشاة المكسورة القرن الداخل، وهو المشاش، ويقال: هي التي انكسر أحد قَرْنيها[6].

قال ابن القاسم عن مالك[7] في "العتبية": لا بأس بالضحية [ك: 161/ب] بمكسورة القرن إذا لم يدم، وهي كالجلحاء[8].

قال مالك في "المدونة": فإن كان[9] يدمي؛ لم يجزئه؛ لأنه مرض[10].

قال اللخمي: أجاز في "المدونة" المكسورة القرن إذا لم يدم، ولم يراعِ قدر ما ذهب منه، وأرى ألَّا يجزئ إذا ذهب من ذلك ما يكثر له شينها، وليست كالجمَّاء؛ لأنَّ ذلك لا يشينها[11].

---

(1) عبارة (أن يدمي كسرها) يقابلها في (ز): (يدم في كسر).

(2) قول ابن حبيب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 316.

(3) عبارة (وهي: كسر القرن الخارج) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في زاهي ابن شعبان.

(4) عبارة (والأول أحبُّ إليَّ) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).
الزاهي، لابن شعبان (بتحقيقنا)، ص: 343.

(5) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(6) الصحاح، للجوهري: 1/ 183 و184.

(7) الجار والمجرور (عن مالك) ساقطان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(8) في (ز): (كالجمَّاء).
النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 316 والبيان والتحصيل، لابن رشد: 3/ 340.

(9) كلمة (كان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(10) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 362.

(11) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1581.

وأما الضرع فقال في كتاب ابن المواز: إذا يبس ضرعها؛ فلا خير فيها، وإن ذهب بيبس[1] بعضه؛ فلا بأس[2].

وأما الذَنَب فقال مالك في الكبش يطول ذنبه فيقطع منه قدر قبضة: أرى[3] أن يجتنب في الضحايا إذا وُجِدَ غيره.

وقال ابن المواز: أما القطع البيِّن؛ فمكروه، وأما اليسير؛ فجائز في الضحايا، والثلث عندي كثير[4].

قال ابن حبيب: ومن جهل فضحى بما لم يجزئه من ذات العيوب[5]؛ فلا يبيع لحمها، وإن أبدلها؛ لأنه ذبحها نسيكة[6].

وقوله[7]: (**والاختيار: أن يتقي العيب كله، والسليم أفضل من المعيب**)، فإنما[8] قال ذلك؛ لأنه ذبحٌ، المقصودُ منه القربة؛ فينبغي أن يكون سليمًا من العيوب، وأن يكون من أعلى المكاسب قياسًا على العتق.

وقد قال عروة بن الزبير رضي الله عنه لبنيه: يا بني لا [ز: **470/أ**] يضحيَّن أحدكم بشيءٍ يستحيي أن يهديَه لكريمه، فإنَّ الله تعالى أكرم الكرماء، وأحق مَن اختير له[9].

(ومن اشترى أضحية سليمة، ثمَّ حدث بها عيبٌ لا تجزئ معه؛ فعليه بدلها)[10].

(1) كلمتا (ذهب بيبس) يقابلهما في (ك): (يبس).

(2) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 316**.

(3) كلمة (أرى) يقابلها في (ز): (أحبُّ إليَّ).

(4) قوله: (وأما الذَنَب؛ فقال مالك في الكبش... عندي كثير) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 31**.

(5) كلمة (العيوب) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) قول ابن حبيب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 318**.

(7) في (ك): (أصل).

(8) كلمتا (المعيب فإنما) يقابلهما في (ك): (المعيب. شرح: فإنما).

(9) قوله: (لأنه ذبحٌ المقصودُ منه القربة؛ فينبغي... اختير له) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1575**.

(10) التفريع (الغرب): **1/ 392** و(العلمية): **1/ 306**.

وإنما قال ذلك؛ لأنها لا تتعيَّن بالشراء، وإنما تتعين بالذبح، وهي بخلاف الهدي يحدث به عيبٌ بعد التقليد والإشعار؛ فإنه يجزئه ولا يجب عليه بدله؛ وسواء كان واجبًا أو تطوعًا.

قال القاضي إسماعيل: والفرق بينهما هو أنَّ تقليد الهدي[1] وإشعاره إيجابٌ له بالنية والفعل، فلا يضره بعد ذلك عيبٌ دَخَلَه، والضحية بخلاف ذلك؛ لأنَّ صاحبها لم يؤمَر أن يوجبها بشيءٍ قبل ذبحها، وإن نوى[2] أن يضحي بها، والنية لا توجبها وإنما تجب بالذبح، غير أنه يستحب له ألَّا يُبطل نيته فيها.

قال[3]: ولو أنَّ إنسانًا اشترى أضحية، فقال بلسانه: قد أوجبتها؛ لم يجز عندي أن يبدلها.

يريد: ولا يضره عيبٌ دَخَلَها.

قال: لأنَّه أوجبها بالنية والقول.

قال عبد الحق: رأيتُ لغير واحدٍ من البغداديين نحو قول القاضي إسماعيل، وأنها تجري مجرى الهدي الذي قلد وأشعر في منعه من بدلها بغيرها، وأنَّ أحدًا لو تعدَّى عليها فذبحها[4] عن صاحبها؛ لأجزأت عنه[5]. **[ك: 160/أ]**

فرع:

فإن وجد بها عيبًا قديمًا بعد الذبح، فرجع[6] بقيمته؛ فقال أصبغ: إن كانت الضحية مما لا تجزئ به، وكانت أيام الذبح باقية؛ فليعد الأضحية، فإن خرجت أيام الذبح؛ فلا شيء عليه، ويصنع به ما شاء[7].

---

(1) كلمتا (تقليد الهدي) يقابلهما في (ك): (التقليد في الهدي).

(2) في (ز): (أمر).

(3) الفعل الماضي (قال) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(4) في (ك): (فذكاها).

(5) من قوله: (قال القاضي إسماعيل: والفرق بينهما هو: أن تقليد) إلى قوله: (عن صاحبها؛ لأجزأت عنه) بنصِّه في النكت والفروق، لعبد الحق: **1/ 182**.

(6) في (ك): (ورجع).

(7) قول أصبغ بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 328**.

لأنه لم تُوجد منه قربة بشيء، فيكون المأخوذ بعض ما يُعد قربة، قاله[1] أبو إسحاق.

وإن كان عيبًا تجزئ معه؛ تصدَّق بما أخذ[2].

قال أبو إسحاق: لأنَّ القربة قد صحَّت.

قال ابن القاسم: وذلك بخلاف ما يرجع به من قيمة عيبٍ بعد أن أعتق[3] العبد، هذا[4] يصنع به ما شاء، وإن كان عيبًا لا يجزئ بمثله[5].

قال ابن يونس: يريد إذا كان تطوعًا؛ لأنَّه يجوز عتق المعيب، ولا تجوز الضحية بالمعيب[6].

(ولو انكسرت أضحيته، فجبرها، فصحَّت؛ أجزأه ذبحها)[7].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ المعتبرَ في الأضحية إنما هو وقتُ الذبح، فإذا وُجدت وقت الذبح سالمةً؛ أجزأت ولا يبالي بما كان قبل ذلك، بخلاف الهدي؛ فإنه لا يعتبر فيه حالة الذبح، وإنما تعتبر حالة التقليد والإشعار. [ز: 470/ب]

[فيما إذا اختلطت الضحايا]

(وإذا اشترى جماعة أضاحي، فاختلطت؛ جاز أن يصطلحوا عليها ويقتسمونها)[8].

اعلم أنَّ اختلاط الأضاحي ينقسم قسمين:

تارة تختلط بعد الشراء وقبل الذبح، وتارة تختلط بعد الذبح، فإن اختلطت بعد

---

(1) في (ز): (قال).

(2) قوله: (وإن كان عيبًا تجزئ معه؛ تصدَّق بما أخذ) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 328.

(3) في (ز): (يعتق).

(4) في (ك): (هنا).

(5) قول ابن القاسم بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 328.

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 49.

(7) التفريع (الغرب): 1/ 392 و(العلمية): 1/ 306.

(8) التفريع (الغرب): 1/ 391 و(العلمية): 1/ 304.

الشراء وقبل الذبح؛ جاز أن يصطلحوا عليها ويقتسمونها.

قال سحنون: وذلك إذا[1] استوت الغنم في السمن، فإن لم تستو؛ كره ذلك؛ لأخذ الدنية إلا أنها تجزئه، ولا يأخذ للفضل شيئًا[2].

وإن اختلطت بعد الشراء وبعد الذبح، فقال يحيى بن عمر في رجلين أمرا رجلًا أن يذبح لهما فذبح لهما، واختلطت أضاحيهما بعد الذبح والسلخ: إنهما تجزئانهما ويتصدَّقان بهما، ولا يأكلان منهما[3] شيئًا[4].

قال ابن يونس: وإنما أجزتاهما؛ لأنهما بالذبح وجبتا أضحية فأجزأتهما، وإنما لم يأكلا منهما؛ لأنَّ كل واحدٍ قد يأخذ لحم شاة صاحبه، فيصير بيعًا للحم الأضحية[5].

قال ابن المواز في رؤوس الأضاحي تختلط عند الشواء: أكره لك أن تأكل[6] متاع غيرك، ولعلَّ غيرك لم يأكل[7] متاعك.

قال: ولو اختلطت[8] برؤوس الشواء لكان خفيفًا؛ لأنَّه ضامن كما يضمن لحم الأضاحي بالتعدي، وكما يضمن الزرع الذي لم يَبدُ صلاحه، وقيمة كلب الغنم وفطرة المسلمين بالتعدي[9].

واختُلف فيمن أخطأ فذبح أضحية صاحبه، وأخطأ الآخر فذبح أضحية صاحبه.

---

(1) كلمتا (وذلك إذا) يقابلهما في (ك): (وإذا).

(2) قول سحنون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 328 والبيان والتحصيل، لابن رشد: 3/ 375 و376.

(3) في (ك): (منها).

(4) قول يحيى بن عمر بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 331 والتبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1564.

(5) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 52.

(6) في (ك): (تأخذ) وكلمتا (أكره لك) يقابلهما في (ز): (أكثر ذلك) وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(7) في (ك): (تأخذ).

(8) في (ز): (اختلط).

(9) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 327.

فقال ابن القاسم: لا يجزئهما ذلك، ويضمن [ك: 160/ب] كل واحدٍ منهما لصاحبه القيمة[1].

وقال أشهب: بل يجزئهما، كما لو اشترى كبشًا فضحى[2] به ثم استحقه صاحبه[3].

والكلام في هذه المسألة في طرفين:

الأول: ما حكمهما[4] بالنسبة إلى مالكهما[5]؟

والطرف الثاني: ما حكمهما بالنسبة إلى ذابحها؟

أما الطرف الأول، فقال ابن القاسم: لا تجزئ واحدًا منهما[6].

أما كونها لا تجزئ عن مالكها؛ فلأنَّ الذابح لم ينوِها عن مالكها، وإنما نواها عن نفسه، فقد صارت خالية عن نية التقرب بالنسبة إلى مالكها، فكيف تجزئه من غير نية منه، ولا ممَّن يقوم مقامه؟

ولأنَّ الضحايا إنما تجب بالذبح لا بالشراء فهي مفتقرة إلى نية؛ فلذلك لم تجزئه، والهدايا عند مالك في هذا بخلاف الضحايا؛ لأنَّ الهدايا قد تعيَّنت ووجبت بالتقليد والإشعار قبل الذبح، فلم تحتجْ إلى نيةِ صاحبها، ولا إلى فعله بخلاف الضحايا[7]، وهذا إذا كانت [ز: 471/أ] الضحية لم يوجبها هو[8] على نفسِه.

فأما إذا أوجبها على نفسه؛ فقولان:

---

(1) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 72 و73 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 367.

(2) عبارة (اشترى كبشًا فضحى) يقابلها في (ك): (اشتريا كبشًا فضحيا).

(3) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 2/ 455 و456 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 52.

(4) في (ك): (حكمه).

(5) كلمتا (إلى مالكهما) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(6) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 72 و73 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 367.

(7) قوله: (ولأنَّ الضحايا إنما تجب بالذبح لا بالشراء... بخلاف الضحايا) بنحوه في شرح صحيح البخاري، لابن بطال: 6/ 24 و25.

(8) ضمير الغائب (هو) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

أشهرهما أنها تجزئ؛ لأنها قد تعيَّنت كالهدي.

والقول الآخر أنها لا تجزئ[1].

قال بعض شيوخنا: وهذا عندي على قول مَنْ يرى[2] أنها لا تتعيَّن بشيء من قولٍ ولا نية إلَّا بالذبح[3].

فرع:

وما حكم هذه الضحية إذا قلنا: إنها لا تجزئ عن القربة؟

فقال ابن القاسم في "العتبية": إن اختار ربها أخذَ قيمتها؛ لم تجزئ عن ذابحها، ولا أرى له[4] بيع لحمها؛ لأنَّه أراد به النسُك، وقاله أصبغ[5].

قال أبو إسحاق: كما لو وجدها معيبةً بعد الذبح عيبًا لا تجزئ معه ما جاز له بيع لحمها، ولو اختار ربها أخذها وترك التضمين؛ فله بيع اللحم.

قال أبو إسحاق: لأنَّه ليس بقربةٍ لأحد[6]، وإنما تعدَّى له على أضحيته فله أخذ لحمها وعليه[7] البدل.

وقال اللخمي: لا يبيعها؛ للاختلاف في إجزائها[8].

وأما الطرف الثاني بالنسبة إلى ذابحها، فقال ابن القاسم: لا تجزئه؛ ضمن القيمة أم لا[9]؛ لأنها لم تحصل في ضمانه إلَّا بالذبح[10]، فصار كأنه مضحِّيًا بلحم.

---

(1) قوله: (فأما إذا أوجبها على نفسه؛ فقولان... لا تجزئ) بنحوه في عيون المجالس، لعبد الوهاب: **2/ 944**.

(2) في (ك): (رأى).

(3) قوله: (وهذا عندي على قول من يرى... إلَّا بالذبح) بنحوه في المنتقى، للباجي: **4/ 176**.

(4) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) قوله: (إن اختار ربها أخذ قيمتها... أصبغ) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 329**.

(6) في (ك): (لأخذه).

(7) في (ز): (فعليه).

(8) لم أقف على قول اللخمي فيما لدينا من كتبه المطبوعة.

(9) المدونة (صادر/ السعادة): **2/ 72** و**73** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 367**.

(10) قوله: (لأنها لم تحصل في ضمانه إلَّا بالذبح) بنصِّه في النكت والفروق، لعبد الحق: **1/ 184**.

وقال أشهب: تجزئهما كمن اشترى كبشًا فضحَّى به ثم استحق[1].

والعلة الجامعة بينهما أنَّه أقدمَ[2] على الأضحية معتقدًا أنها ملكه فتبيَّن خلافه، فوجب أن تجزئه؛ لثبوت الضمان عليه.

أصله: الاستحقاق.

وإنما وجبت القيمة عليه؛ لأنَّه مُتلفٌ لمال غيره بغير إذنه، والخطأ والعمد[3] في أموال الناس سواء.

قال مالك: ولو أخطأ رجلان فنحر كل واحدٍ هديَ صاحبه؛ أجزأهما، ولم يكن عليهما شيء[4].

وقد قيل في المعتمرين إذا أهديا شاتين فذبح كل واحدٍ منهما [ك: 159/أ] شاةَ صاحبه خطأً: إنَّ ذلك لا يجزئ عنهما، ويضمن كل واحدٍ منهما قيمة ما ذبح[5]، ويأتنفا الهدي.

ولو ذبح أحدهما شاةَ صاحبه عن نفسه؛ غرم قيمتها، ولم تجزئه، وذبح شاته التي أوجبها للهدي واشترى صاحبه[6] شاةً وأهدى.

والأول أعجب إلينا[7].

قال الأبهري: وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الهدي قد وجب بالتقليد والإشعار، فليس يقدر صاحبُه على ردِّه إلى ملكه، ولو مات لم يملكه ورثته عنه، ولا جاز لهم قسمه على سهامِ الميراث، وإذا كان كذلك فَمَن نحره أو ذبحه؛ جاز[8] سواء كان بأمرِ صاحبه أو بغير

---

(1) قول أشهب بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 52.

(2) في (ز): (قدم).

(3) كلمتا (والخطأ والعمد) يقابلهما في (ك): (والعمد والخطأ) بتقديم وتأخير.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 285.

(5) عبارة (قيمة ما ذبح) يقابلها في (ز): (شاة صاحبه).

(6) كلمة (صاحبه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) قوله: (وقد قيل في المعتمرين: إذا أهديا... والأول أعجب إلينا) بنصِّه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 170.

(8) كلمة (جاز) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في مخطوط الأزهرية لشرح

أمره؛ لأنه فَعَل ما على صاحبه أن يفعله.

فأمَّا إذا كان الهدي شاتين؛ فإنَّ على كل واحدٍ منهما غرم قيمة الشاة لصاحبه، وعليه هديٌ مستأنفٌ من قِبَل أنَّ الشاةَ لا تُوجِب بالتقليد والإشعار كما تُوجب البدنة والبقرة بالتقليد والإشعار، وإنما توجب بالذبح، [ز: 471/ب] فليس يجوز أن يوجب مِلكَ غيره هديًا عن نفسه.

فإن أوجب شاةً بالقول؛ كان الحكم فيها[1] كالحكم في البدنة والبقرة إذا أوجبهما[2] بالتقليد والإشعار؛ لأنه لا يقدر على ردِّها إلى ماله[3] بعد إيجابها هديًا بالقول.

قال الأبهري: وعلَّل ابن عبد الحكم أمر الشاتين على أنه خلافٌ مِن[4] قول مالك.

والذي عندي أنَّ مالكًا فرَّق بين الشاة والبقرة والبدنة، لهذا المعنى الذي ذكرتُ، لا أنَّه اختلافٌ من قوله، والله أعلم.

قال الأبهري: وقوله: (ويغرم كل واحدٍ منهما قيمة شاة صاحبه)؛ فلأنه أتلف مال غيره بغير إذنه فعليه قيمته؛ لأنَّ إتلاف مال الإنسان في وجوب البدل عليه في العمد والخطأ سواء[5].

(وإذا ذبح رجلٌ أضحية رجلٍ بغير إذنه؛ ضمنها، وغرم قيمتها، ووجب على ربها بدلها)[6].

اعلم أنَّ من ذَبَحَ أضحية رجل بغير إذنه لا يخلو من أمرين:

إما أن يكون أجنبيًّا عنه، أو ليس بأجنبي.

=

الأبهري.

(1) كلمة (فيها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) في (ز) و(ك): (أوجبها) وما أثبتناه موافق لما في مخطوط شرح الأبهري.

(3) في (ز): (ملكه).

(4) حرف الجر (مِن) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(5) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [106/ أ و107/ أ].

(6) التفريع (الغرب): 1/ 392 و393 و(العلمية): 1/ 306 و307.

فإن كان أجنبيًّا عنه؛ لم يجزئ ربها[1]؛ لأنها إنما تجب بالذبح ولا تجب بالشراء على الصحيح من المذهب؛ إذ له أن يبدلها بخيرٍ منها، وإذا كان كذلك؛ فهي مفتقرة إلى نية؛ فلذلك لم يجز أن يذبحها آخر عنه بغير أمره.

وأيضًا فإنه معتدٍ بذبحه، وعاص بتزكيته؛ فلا يتصور أن تقع قربة.

وأيضًا فإن الضحية قربةٌ من القُرَب المتعلقة بالأبدان، وكان الأصل يقتضي ألَّا تجوز النيابة [ك: 159/ب] فيها، لكن الشارع استثنى محل الإذن في النيابة باستثنائه على نفي محل التعدي على الأصل، ولا تقع أضحية.

وأمَّا إذا أذن له؛ جاز؛ لأنَّه قد نزله منزلته في إيقاع الضحية والنية فيها، فكأنه هو الناوي؛ لحلولِه محله، وربها مخيَّر بين[2] أن يضمنه قيمتها؛ لأنَّه أتلف مال غيره بغير إذنه؛ فوجب عليه الضمان، وله أن يأخذها وما نقصها الذبح؛ لأنها عين شيئه فلا يخرج عن ملكه بغير تراضٍ منه.

ونقل أبو الحسن ابن القصَّار في إجزائها عن ربها روايتان.

قال بعض علمائنا: ومنشأُ الخلاف بين القولين هل تتعيَّن الضحية بالشراء؟ أو لا تتعين إلَّا بالذبح[3]؟

وهذا إذا لم يوجِبها صاحبها، فأمَّا إن كان قد أوجب على نفسه ذبحها بنذر أو قول؛ فإنها تجزئه على المشهور، ولأنها قد تعينت كما تعيَّن الهدي بالتقليد والإشعار، وإذا تعينت لزم ذبحها؛ بدليل أنه لا يجوز الامتناع منه، فإذا ذبحها فقد كفاه المؤنة.

وعلى القول الثاني لا تجزئه؛ لأنَّ الأصل في الضحية أنها لا تتعيَّن إلَّا بالذبح.

قال الطرطوشي: وهذا القولان فيما إذا لم يضمنه الضحية ورضيها، فأمَّا لو ضمنه فيها؛ لم تجز واحدًا منهما، ويصنع الذابح بها ما أراد[4].

---

(1) قوله: (فإن كان أجنبيًّا عنه؛ لم يجزئ ربها) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 72.

(2) كلمتا (مخيَّر بين) يقابلهما في(ك): (مخيَّر عليه بين).

(3) قوله: (ومنشأ الخلاف بين القولين: هل... إلَّا بالذبح) بنحوه في التنبيه، لابن بشير: 2/ 837.

(4) جملة (لأنها إنما تجب بالذبح ولا تجب بالشراء... ويصنع الذابح بها ما أراد) يقابلها في (ز): (وكان ربها بالخيار بين أن يضمنه قيمتها، أو يأخذها وما نقصها الذبح).

واختُلِفَ إذا ذبحها ولده أو صديقه، أو من في عياله، فقال ابن القاسم: تجزئه.

وقال أشهب: لا تجزئه.

فوجه قول ابن القاسم ما خرجه البخاري عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: لمَّا كنت بمنى أتيت بلحم بقر، فقلت: ما هذا؟ فقالوا: ضحى رسول الله ﷺ عن نسائه البقر[1].

قال المهلب: فيه حجة لقول مالك: إنَّ من ذبح أضحية رجل بغير إذنه ممن يقوم بخدمته؛ مثل الولد أو بعض عياله، أو ذَبَحَها على وجه الكفالة أنها تجزئ، كما ذبح رسول الله ﷺ عن أزواجه البقر ولم يأذنوا[2].

قال الباجي: ولأنَّ ذلك أذكى للذابح بالعادة[3].

ووجه قول أشهب هو أنَّ هذا وإن كان مأذونًا له إذنًا عامًا إلَّا أنَّ إذنه فيما يتكرر من الأفعال غالبًا، أما ما يندر وقوعه؛ فلا يخطر بالبال حتى يقال: إنه مأذون له فيه، والضحية من هذا القبيل.

ألا ترى أنَّ من وكَّل وكيلًا مفوضًا إليه لا يخطر بباله توكيله على الهبة والصدقة حتى ينص له عليها، فهو إذًا متعدٍ بالنسبة إلى الهبة والصدقة لما كانت لا تخطر بالبال، فكذلك الضحية؛ لأنها تخطر بالبال، فوجب أن يكون ذابحها [ك: 158/أ] كأجنبي[4].

واختلف هل تجزئ الذابح إذا ضمن؟

فقال مالك وابن القاسم: لا تجزئ.

وقال أشهب: تجزئ[5].

---

(1) قوله: (واختُلف إذا ذبحها ولده أو صديقه... نسائه البقر) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1562.

والحديث تقدم تخريجه في كتاب الذبائح: 462/5.

(2) قوله: (قال المهلب: فيه حجة لقول مالك: إن... ولم يأذنوا) بنصِّه في شرح صحيح البخاري، لابن بطال: 6/ 23.

(3) لم أقف على قول الباجي فيما لدينا من كتبه المطبوعة.

(4) جملة (فوجه قول ابن القاسم ما خرجه البخاري عن عائشة... أن يكون ذابحها كأجنبي) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) جملة (واختلف هل تجزئ الذابح... أشهب: تجزئ) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): =

فوجه قول ابن القاسم هو: أنها لم يحصل ضمانها إلَّا بالذبح[1]، فصار كأنه مضحِّيًا بلحم.

ووجه قول أشهب هو أنَّ التضمين إنما وَقَعَ في وقت سابق على الذبح؛ لأنه إنما يضمنها حيَّةً، فكأن الذبح إنما وقع على ما في ملكه[2].

ولو أمر ربها[3] رجلًا فذبحها له ونوى الذابح عن نفسه؛ لأجزأت عن صاحبها.

وقد اشترى ابن عمر رضي الله عنهما شاةً من راعٍ فأنزلها من الجبل وأمره بذبحها، فذبحها الراعي، فقال: اللهم تقبَّلها مني.

فقال ابن عمر رضي الله عنهما: ربك أعلم بمَنْ أنزلها من الجبل.

وقال أصبغ: لا تجزئه[4].

قال اللخمي: والأول أحسن؛ لأنَّ المراد من الذابح[5] نية الذكاة لا غير، والنية في القربة إلى ربها[6].

(ولو غصبها فذبحها عن نفسه؛ لم تجزئه، وغرم لربها قيمتها)[7].

اختُلف فيمن غصب أضحية رجل فذبحها عن نفسه هل تجزئه؟ أم لا؟

فقال مالك: لا تجزئ واحدًا منهما[8].

= 3/ **1563**.

(1) قوله: (أنها لم يحصل ضمانها إلَّا بالذبح) بنصِّه في النكت والفروق، لعبد الحق: **1/ 184**.

(2) جملة (واختلف هل تجزئ الذابح إذا ضمن... في ملكه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) كلمة (ربها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) قوله: (ولو أمر ربها رجلًا فذبحها له... لا تجزئه) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 328** و**329**.

(5) في (ك): (الذبح)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(6) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1563**.

(7) كلمتا (لربها قيمتها) يقابلهما في (ك): (قيمتها لربها) بتقديم وتأخير.

حاشية التفريع (الغرب): **1/ 393** و(العلمية): **1/ 306** و**307**.

(8) عبارة (تجزئ واحدًا منهما) يقابلها في (ز): (تجزئه ولا ربها).

وقال أصبغ: تجزئ الذابح، وعليه قيمتها لربها صحيحة[1].

فوجه الأول هو أنَّ ربها لم يذبحها ولم ينوِ الذابح الذبحَ له؛ فلذلك لم تجزئه ولم تجزئ الذابح؛ لأنه متعدٍ[2] بالتصرف في ملك الغير بغير إذنه فكيف يقع ذلك قربةً؟!

[ز: 472/أ] ووجه الثاني هو أنَّه لمَّا تعدَّى عليها وذبحها عن نفسه فقد وجبت عليه قيمتها، فصار كأنه ذبح في ملكه.

[صفة ذبح الأضاحي]

(وينبغي للمرء أن يباشر ذبح أضحيته بنفسه[3]، ولا يأمر بذلك غيره، فإن ذبح له غيره بإذنه[4]؛ أجزأه، والاختيار ما ذكرناه)[5].

أما قوله: **(ينبغي للمرء أن يباشر ذبح أضحيته بيده[6])**.

فالأصل في ذلك ما خرجه مسلم عن أنس أنَّه قال: «**ضَحَّى النَّبِيُّ ﷺ بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ أَقْرَنَيْنِ، ذَبَحَهُمَا بِيَدِهِ، وَسَمَّى وَكَبَّرَ**»[7].

ولأنها قربة لله فكان فعله لها أفضل من الوكالة عليها[8].

وأما قوله: **(فإن ذبح له غيره بأمره[9]؛ أجزأه)**.

---

(1) من قوله: (اختُلف فيمن غصب) إلى قوله: (لربها صحيحة) بنحوه في النكت والفروق، لعبد الحق: 1/ 183.

(2) في (ز): (متعمد).

(3) الجار والمجرور (بنفسه) ساقطان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(4) في (ز): (بأمره).

(5) التفريع (الغرب): 1/ 392 و(العلمية): 1/ 306.

(6) كلمة (بيده) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(7) تقدم تخريجه في كتاب الأضحية: 32/6.

(8) قوله: (ولأنها قربة لله فكان فعله لها أفضل من الوكالة عليها) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1560.

(9) كلمة (بأمره) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

فالأصل في ذلك ما رُوي عن[1] **النبيِّ ﷺ أنه[2] استناب عليًّا على نحر الهدايا**[3]، ولا فَرْق بينهما، ولأنَّ الأضحية طريقها المال، وعبادات[4] الأموال يصح فيها النيابة؛ كتفريق الزكاة وإخراج الكفَّارة[5].

وأما قوله: (**والاختيار ما ذكرناه**) فلأنها قربة لله فكان فعله لها أفضل من الوكالة عليها[6].

(ولا يجوز أن[7] يذبح له يهودي ولا نصراني)[8].

وإنما قال ذلك؛ لأنها قربة إلى الله سبحانه، والكافر ليس من أهل القُرب[9].

قال داود بن الحصين: وكان الناس يتخذون لذبائحهم صالح من يجدون.

قال اللخمي: فإن وكَّل من يُضيِّع صلاته؛ استحب له الإعادة؛ للاختلاف فيها هل هي ذكية؟ أم لا[10].

---

(1) في (ز): (أن).

(2) كلمة (أنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) يشير للحديث المتفق على صحته الذي رواه البخاري: **2/ 172**، في باب يتصدق بجلود الهدي، من كتاب الحج، برقم **(1717)**.
ومسلم: **2/ 954**، في باب الصدقة بلحوم الهدي وجلودها وجلالها، من كتاب الحج، برقم **(1317)** عن علي رضي الله عنه: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يَقُومَ عَلَى بُدْنِهِ، وَأَنْ يَقْسِمَ بُدْنَهُ كُلَّهَا، لُحُومَهَا وَجُلُودَهَا وَجِلاَلَهَا، وَلاَ يُعْطِيَ فِي جِزَارَتِهَا شَيْئًا»، وهذا لفظ البخاري.

(4) في (ك): (وعبادة).

(5) قوله: (فالأصل في ذلك ما رُوي: عن النبيِّ... وإخراج الكفَّارة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 439**.

(6) قوله: (ولأنها قربة لله فكان فعله لها أفضل من الوكالة عليها) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1560**.

(7) كلمتا (يجوز أن) يقابلهما في (ز): (يجوز له أن).

(8) التفريع (الغرب): **1/ 392** و(العلمية): **1/ 306**.

(9) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأنها قربة... أهل القُرب) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 439**.

(10) قوله: (قال داود بن الحصين: وكان الناس... ذكية أم لا) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1560**.

هذا الكلام وهو مسلم! فكيف إذا كان نصرانيًّا أو يهوديًّا[1]!

واختُلف إذا وكَّل يهوديًّا أو نصرانيًّا، فقال مالك: لا تجزئه[2].

وقال أشهب: تجزئه[3].

فإذا قلنا: إنها لا تجزئه[4]؛ فلأنها قربة **[ك: 158/ب]** متعلقة بالبدن فلا يجوز نيابة المشرك فيها كالحج.

وإذا قلنا: تجزئه؛ فلأنه من أهل الذبح كالمسلم[5].

[الأكل من الأضحية]

(ويأكل المرء من أضحيته، ويُطعم منها.

ولا بأس أن يطعم منها غنيًّا أو فقيرًا حرًّا أو عبدًا نيئًا أو مطبوخًا.

ويُكْرَه أن يطعم منها يهوديًّا أو نصرانيًّا، وليس لما يأكله ولا لما يطعمه حد.

والاختيار أن يأكل الأقل ويقسم[6] الأكثر.

ولو قيل: يأكل الثلث، ويقسم الثلثين؛ لكان حسنًا، والله أعلم)[7].

والأصل في جواز الأكل[8] والإطعام من الضحايا والهدايا[9] الكتاب والسُّنة والإجماع.

---

(1) عبارة (نصرانيًّا أو يهوديًّا) يقابلها في (ك): (يهوديًّا أو نصرانيًّا) بتقديم وتأخير.

(2) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 67.

(3) قول أشهب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 320.

(4) عبارة (إنها لا تجزؤه) يقابلها في (ك): (إنه لا يجزؤه).

(5) قوله: (فإذا قلنا: إنها لا تجزؤه؛ فلأنها قربة... الذبح كالمسلم) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 439.

(6) في (ز): (ويطعم).

(7) التفريع (الغرب): 1/ 393 و(العلمية): 1/ 307.

(8) كلمتا (جواز الأكل) يقابلهما في (ك): (وجوب).

(9) كلمتا (الضحايا والهدايا) يقابلهما في (ك): (الهدايا والضحايا) بتقديم وتأخير.

أما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِنۡهَا وَأَطۡعِمُواْ ٱلۡبَآئِسَ ٱلۡفَقِيرَ﴾ الآية [الحج: 28]، وقوله تعالى: ﴿وَأَطۡعِمُواْ ٱلۡقَانِعَ وَٱلۡمُعۡتَرَّ﴾ الآية[الحج: 36].

فالبائس: الفقير الشديد الفقر، قاله العبدي[1].

والقانع: من لا يسأل، ولا يتعرض للسؤال.

والمعتر: الزائر[2] المتعرض لما ينال من غير سؤال[3].

وقيل: القانع الذي [ز: 472/ب] يسأل[4].

قال ابن حبيب: وليس عليه أن يَعُمَّ[5] منها القانع والمعتر والبائس الفقير[6].

قال ابن شعبان: ويخص بذلك المساكين أحب إليَّ، ولو أطعم الأغنياء لكان جائزًا[7].

وأما السُّنة؛ فما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنِ ادِّخَارِ لُحُومِ الْأَضَاحِيِّ فَوْقَ ثَلَاثٍ، فَكُلُوا وَادَّخِرُوا وَتَصَدَّقُوا**»، خرجه مسلم[8].

وأما الإجماع؛ فلا خلاف بين الأمة في جواز الأكل منها والإطعام.

إذا ثبت هذا، فقال مالك في كتاب ابن حبيب: وينبغي للمرء أن يأكل ويُطعم كما

---

(1) لم أقف على قول العبدي ولكن نقله بنحوه عبد البر في الاستذكار: 5/ 298.

(2) في (ز): (الفقير) وكلمتا (والمعتر: الزائر) يقابلهما في (ك): (الزائر).

(3) قوله: (والقانع: من لا يسأل، ولا يتعرض... غير سؤال) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 321.

(4) قوله: (وقيل: القانع الذي يسأل) بنصِّه في الاستذكار، لابن عبد البر: 5/ 298.

(5) في (ز) و(ك): (يطعم)، وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(6) قول ابن حبيب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 322.

(7) كلمة (جائزًا) يقابلها في (ز): (ما ترى).

الزاهي، لابن شعبان (بتحقيقنا)، ص: 346.

(8) رواه مالك في موطئه: 3/ 691، في باب ادخار لحوم الأضاحي، من كتاب الضحايا، برقم (474).

مسلم: 3/ 1561، في باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام، وبيان نسخه وإباحته إلى متى شاء، من كتاب الأضاحي، برقم (1971) كلاهما بألفاظ متقاربة عن عائشة رضي الله عنها.

قال؛ لأنه[1] سبحانه قال: ﴿وَأَطْعِمُواْ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾[2] الآية [الحج: 36]، ولو أراد أن يتصدَّق بلحم أضحيته لغنائه عنه؛ كان كأكله إياه، ولم[3] يتصدَّق بشيء حتى يفعل الأمرين جميعًا.

وقال ابن المواز: ولو أكله كله؛ لكان[4] جائزًا، وأحب إليَّ أن يتصدَّق من لحم أضحيته، ولو تصدَّق به كله؛ كان أعظم لأجره.

ويجوز أن يطعم منها الغني والفقير[5]، والحر والعبد، نيئًا أو مطبوخًا.

وكَره مالك أن يُطعم منها جاره النصراني، أو الظئر النصرانية التي عنده ونهى عنه[6].

قال ابن القاسم: وقد كان مالك يجيزه ثم رجع عنه، وقال: ما رأيتُ الناس إلَّا على تركه.

قال أصبغ: وقد كان ابن وهب يخفِّفه ويرى تفسير الحديث: «**لَا تُطْعِمُوا الْمُشْرِكِينَ من ضَحَايَاكُم**»[7] أنه في المجوس دون أهل الكتاب[8].

قال ابن المواز: وأُخبرت أنَّ سعيد بن جبير قال: لا تُطعموا هؤلاء النصارى شيئًا[9]

---

(1) في (ك): (الله).

(2) الآية الكريمة (وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) كلمة (ولم) يقابلها في (ك): (ولو لم)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(4) كلمتا (كله؛ لكان) يقابلهما في (ك): (كان).

(5) كلمتا (الغني والفقير) يقابلهما في (ك): (الفقير والغني) بتقديم وتأخير.

(6) قوله: (فقال مالك في كتاب ابن حبيب: وينبغي للمرء) إلى قوله: (النصرانية التي عنده ونهى عنه) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 321** و**322**.

(7) رواه البيهقي في شعب الإيمان: **12/ 105**، برقم (**9113**) عن عبد الله بن عمرو ﵄، قال: قُلْنَا: يَا رَسُولَ اللهِ، نُطْعِمُهُمْ مِنْ نُسُكِنَا، قَالَ: «لَا تُطْعِمُوا الْمُشْرِكِينَ شَيْئًا مِنَ النُّسُكِ».

(8) قوله: (قال ابن القاسم: وقد كان مالك يجيزه... أهل الكتاب) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 55**.

(9) في (ك): (بشيء).

من النسُك[1].

وأما قوله: (**وليس لما يأكله ولا لما يطعمه حدٌّ**) فقال مالك: الأمر المجمع عليه عندنا أنه ليس في الضحايا والهدي التطوع قسم [ك: 157/أ] موصوف ولا حدٌّ معلوم.

قال ابن حبيب: وما رُوي عن ابن المسيب والحسن[2] وقتادة من أنه إذا أطعم الرُّبع أجزأه، وما رُوي عن غيرهم من الثلث فمن باب الاستحباب[3].

قال بعض أصحابنا: وقد كان الأصل ألَّا يأكل منها شيئًا؛ لأنه[4] جعلها لله سبحانه، فلا يرجع فيها كالصدقة، فأباح تعالى الأكل منها، ولا يجوز له أن يأكل الجميع، ويُكْرَه له أن يتصدَّق بالجميع، لما رُوي عن النبي ﷺ أنه نحرَ مائةً من الإبل، وأمر [أن يؤخذ][5] من كل واحدةٍ بقطعة فطبختْ ليكون قد أكل من جميعها، خرجه مسلم[6].

وهذا يدلُّ على أنَّ الاختيار أن يأكل الأقل ويطعم الأكثر للمساكين.

---

(1) قوله: (قال ابن المواز: وأُخبرت أنَّ سعيد بن جبير... من النسُك) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 55**.

(2) كلمتا (ابن المسيب والحسن) يقابلهما في (ك): (الحسن وابن المسيب) بتقديم وتأخير.

(3) قوله: (فقال مالك: الأمر المجمع عليه عندنا أنه... باب الاستحباب) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 322**.

(4) في (ز) و(ك): (لأنها)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق.

(6) قوله: (وقد كان الأصل ألَّا يأكل منها شيئًا؛ لأنه... خرجه مسلم) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1567**.

والحديث رواه مسلم: **2/ 886**، في باب حجة النبي ﷺ، من كتاب الحج، برقم **(1218)** عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، أنه قال:... ثُمَّ انْصَرَفَ إِلَى الْمَنْحَرِ، فَنَحَرَ ثَلَاثًا وَسِتِّينَ بِيَدِهِ، ثُمَّ أَعْطَى عَلِيًّا، فَنَحَرَ مَا غَبَرَ، وَأَشْرَكَهُ فِي هَدْيِهِ، ثُمَّ أَمَرَ مِنْ كُلِّ بَدَنَةٍ بِبَضْعَةٍ، فَجُعِلَتْ فِي قِدْرٍ، فَطُبِخَتْ، فَأَكَلَا مِنْ لَحْمِهَا وَشَرِبَا مِنْ مَرَقِهَا.

[بيع الأضحية بعد ذبحها]

(ولا يجوز بيع الأضحية بعد ذبحها، ولا بيع شيءٍ منها.
ولا يجوز أن يُعطى ذابحها أُجرته من لحمها أو جلدها)[1].

والأصل في ذلك ما رُوي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: أَمَرَنِي رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ أَقُومَ عَلَى بُدْنِهِ، وَأَنْ أَتَصَدَّقَ بِلَحومِهَا وَجُلُودِهَا، ولا نعطي في جزارتها [ز: 473/أ] شيئًا من لحمها، قَالَ: «**نَحْنُ نُعْطِيهِ مِنْ عِنْدِنَا**»، أخرجه مسلم[2].

إذا ثبتَ هذا، فلا يجوز أن يُباع شيءٌ من الأضحية لا جلد ولا لحم ولا صوف؛ لأنها صارت بالذبح قربةً لله سبحانه[3].

قال ابن المواز: ولا يتصدَّق بجلد أضحيته أو لحمها على من يعلم أنه يبيعه[4]، ومن تصدق به[5] عليه؛ فلا يبيعه ولا يبدله بمثله[6] من جلد أضحيته أو غيرها[7]، وكذلك لو وهبته لخادمك قاله مالك.

وقال أصبغ فيمن تصدق بأضحيته على رجلٍ بعد أن ذبحها: إن للمعطي بيعها[8] إن شاء[9].

---

(1) جملة (أُجرته من لحمها أو جلدها) يقابلها في (ك): (من لحمها أو جلدها أُجرته) بتقديم وتأخير. التفريع (الغرب): **1/ 393** و(العلمية): **1/ 308**.

(2) رواه مسلم: **2/ 954**، في باب الصدقة بلحوم الهدي وجلودها وجلالها، من كتاب الحج، برقم **(1317)** عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، بنحوه.

(3) قوله: (والأصل في ذلك ما رُوي عن علي بن أبي طالب أنه قال... قربةً لله سبحانه) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1570**.

(4) في (ك): (يبيعها).

(5) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) في (ز): (بثمنه).

(7) في (ك): (غيره).

(8) كلمة (بيعها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) قوله: (قال ابن المواز: ولا يتصدَّق بجلد... إن شاء) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 327**.

قال اللخمي: وهذا أحسن، وقد تُصدِّق على بريرة بشاة، فأعطت منها النبي -ﷺ- فأكله- وقال: «**هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ، وَلَنَا مِنْهَا هَدِيَّةٌ**»(1).

ولو كانت بعد انتقالها إلى المتصدَّق عليه على الحكم الأول؛ لم تحل للرسول ﷺ؛ لأنه لا يأكل الصدقة(2).

قال الباجي: ولأنَّ نهاية القربة في الأضحية الصدقة بها، فإذا بلغت محلها؛ كان(3) لمن صارت إليه التصرف فيها بالبيع وغيره كالزكاة.

قال الباجي: ووجه ما في كتاب ابن المواز إن إيجاب النسُك على وجه الأضحية يمنع(4) البيع كما لو انتقل إليه بالميراث(5).

قال مالك: فإن بِيعَ شيءٌ من الأضحية؛ نُقض(6) بيعه إن كان قائمًا(7).

---

(1) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: **4/ 806**، في باب ما جاء في الخيار، من كتاب الطلاق، برقم (**513**).

والبخاري: **3/ 155**، في باب قبول الهدية، من كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، برقم (**2578**).

ومسلم: **2/ 755**، في باب إباحة الهدية للنبي ﷺ ولبني هاشم وبني المطلب، وإن كان المهدي ملكها بطريق الصدقة، وبيان أن الصدقة، إذا قبضها المتصدق عليه زال عنها وصف الصدقة وحلت لكل أحد ممن كانت الصدقة محرمة عليه، من كتاب الزكاة، برقم (**1075**) جميعهم بألفاظ متقاربة عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1573**.

ويشير للحديث المتفق على صحته الذي رواه البخاري: **2/ 127**، في باب ما يذكر في الصدقة للنبي ﷺ وآله، من كتاب الزكاة، برقم (**1491**).

ومسلم: **2/ 751**، في باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وعلى آله وهم بنو هاشم وبنو المطلب دون غيرهم، من كتاب الزكاة، برقم (**1069**) عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنه قال: أَخَذَ الحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، تَمْرَةً مِنْ تَمْرِ الصَّدَقَةِ، فَجَعَلَهَا فِي فِيهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «كِخْ كِخْ» لِيَطْرَحَهَا، ثُمَّ قَالَ: «أَمَا شَعَرْتَ أَنَّا لاَ نَأْكُلُ الصَّدَقَةَ» وهذا لفظ البخاري.

(3) في (ز): (كانت).

(4) في (ز): (لمنع).

(5) المنتقى، للباجي: **4/ 178** و**179**.

(6) في (ز): (يُنقض).

(7) قوله: (فإن بيع شيءٌ من... كان قائمًا) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1570**.

واختُلف إذا فات، فقال ابن القاسم في "العتبية": يتصدق بالثمن، ولو استنفقوه[1]؛ لم يؤخذ منهم[2].

وقال ابن عبد الحكم: يصنع به ما شاء.

واختُلف إذا سرقت رؤوس الضحايا من الفرن هل يؤخذ فيها قيمة **[ك: 157/ب]** أم لا؟ فاستحبَّ ابن القاسم أن لا يغرمه شيئًا[3]، وكأنه رآه بيعًا.

وقال ابن حبيب: له أخذ[4] القيمة، ويصنع بها ما شاء من أكل أو صدقةٍ أو شراء ما يحتاج إليه، وليس كالبيع.

ألا ترى أنَّ من حلف ألَّا يبيع ثوبه فغصبه منه غاصبٌ أو استهلكه؛ فله أخذ قيمته ولا يحنث[5].

(ولا بأس بادِّخار لحوم الأضاحي ما شاء الإنسان وما بدا له)[6].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنِ ادِّخَارِ لُحُومِ الْأَضَاحِيِّ فَوْقَ ثَلَاثٍ، فَكُلُوا وَتَصَدَّقُوا وَادَّخِرُوا**»، أخرجه مسلم[7].

[التسمية عند ذبح الأضحية]

(ويُسمِّي المرء على أضحيته، فإن نسِيَ التسمية؛ فلا شيء عليه، وإن تعمَّد تركها؛ لم تؤكل أضحيته)[8].

والأصل في ذلك الكتابُ والسُّنة.

---

(1) في (ز): (استبْقوه)، وما رجحناه موافق لما في بيان ابن رشد.

(2) البيان والتحصيل، لابن رشد: **3/ 380**.

(3) كلمة (شيئًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) كلمتا (له أخذ) يقابلهما في (ز): (يأخذ).

(5) قوله: (وقال ابن عبد الحكم: يصنع به ما شاء... ولا يحنث) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 326** و**327**.

(6) التفريع (الغرب): **1/ 393** و(العلمية): **1/ 308**.

(7) تقدم تخريجه فيما يجوز وما لا يجوز من الأضاحي من كتاب الأضحية: **75/6**.

(8) التفريع (الغرب): **1/ 392** و(العلمية): **1/ 306**.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ فَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا۟ مِنْهَا﴾ الآية [الحج: 36]، فأمر بالتسمية عند النحر.

والوجوب [ز: 473/ب] السقوط إلى الأرض؛ لأنَّ السُّنة في الإبل أن تُنحر قيامًا، وقال تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كُنتُم بِـَٔايَٰتِهِۦ مُؤْمِنِينَ﴾ الآية [الأنعام: 118] [وقال تعالى:](1) ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾ الآية [الأنعام: 121]، فأباح الأكلَ؛ لوجود التسمية ومنعه مع عدمها.

وأما السُّنة؛ فما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنَّه قال لعدي بن حاتم رضي الله عنه: «**إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلَّمَ، وَذَكَرْتَ اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ فَكُلْ**»(2).

إذا ثبت هذا فالتسمية سُنة بفعله وقوله.

أما قوله فما تقدَّم، وأما فعله فما رُوي عنه ﷺ أنَّه ذبح وسمَّى اللهَ عند الذبح(3).

قال مالك: فإنْ تركَ التسمية ساهيًا؛ فلا شيءَ عليه(4).

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ ترك التسمية ناسيًا لا يُبطل العبادة(5).

واختُلف إذا تركها متعمدًا، فقال مالك وابن القاسم: لا تؤكل(6).

قال ابن يونس: ومن أصحابنا مَنْ حَمَلَه على التحريم تغليظًا؛ لئلا يستخف بالسُّنن، ومنهم من حَمَلَه على الكراهة؛ لقوله ﷺ: «**الذَّكَاةُ فِي الْحَلْقِ وَاللَّبَّةِ**»(7)، ولم يذكر التسمية(8).

---

(1) ما بين المعكوفتين زيادة أدرجناها؛ ليستقيم بها السياق.

(2) تقدم تخريجه في كتاب الصيد: 418/5.

(3) تقدم تخريجه في كتاب الأضحية: 32/6.

(4) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 51 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 352.

(5) قوله: (لأن ترك التسمية ناسيًا لا يُبطل العبادة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 460.

(6) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 51، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 352.

(7) تقدم تخريجه في كتاب الصيد: 424/5.

(8) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 7.

[الاقتداء بالإمام في ذبح الأضاحي]

(ولا يجوز لأحدٍ أن يذبح قبل الإمام متعمدًا، فمَن ذبح قبل الإمام؛ أعاد أضحيته، وسواء ذبح قبل الصلاة أو بعدها)(1).

والأصل في ذلك الكتابُ والسُّنة والمعنى.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُقَدِّمُواْ بَيۡنَ يَدَيِ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ الآية **[الحجرات: 1]**.

قال الحسن البصري: نزلت هذه الآية في قوم ذبحوا قبل النبي ﷺ(2).

[ك: 156/أ] وأما السُّنة فما خرجه مسلم عن البراء بن عازب رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**إِنَّ أَوَّلَ مَا نَبْدَأُ بِهِ فِي يَوْمِنَا هَذَا نُصَلِّي، ثُمَّ نَرْجِعُ فَنَنْحَرُ، فَمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ، فَقَدْ أَصَابَ سُنَّتَنَا، وَمَنْ ذَبَحَ، فَإِنَّمَا هُوَ لَحْمٌ قَدَّمَهُ لِأَهْلِهِ لَيْسَ مِنَ النُّسُكِ فِي شَيْءٍ**»(3).

وكان أبو بُردة قد ذبح قبل الإمام، فقال له النبيُّ ﷺ: «**أَعِدْ**»(4)، فأمره بالإعادة لمَّا ذبح قبله(5).

وأما المعنى فلأنه ذبحَ قبل ذبحِ الإمام، فوجبَ أن لا يجزئه.

أصله: إذا ذبح قبل وقت الصلاة مع الحنفي، وإذا ذبح قبل وقت الصلاة مع الشافعي(6).

إذا ثبت هذا فقال مالك: لا يجوز لأحدٍ أن يذبح قبل الإمام متعمدًا(7).

---

(1) التفريع (الغرب): **1/ 389** و**390** و(العلمية): **1/ 301**.

(2) قول الحسن بنصِّه في الاستذكار، لابن عبد البر: **5/ 224**.

(3) متفق على صحته، رواه البخاري: **7/ 99**، في باب سنة الأضحية، من كتاب الأضاحي، برقم **(5545)**.
ومسلم: **3/ 1553**، في باب وقتها، من كتاب الأضاحي، برقم **(1961)** كلاهما عن البراء بن عازب رضي الله عنه.

(4) رواه مسلم: **3/ 1552**، في باب وقتها، من كتاب الأضاحي، برقم **(1961)** عن البراء بن عازب رضي الله عنه.

(5) قوله: (وكان أبو بُردة قد ذبح قبل الإمام... ذبح قبله) بنصِّه في مسائل ابن رشد: **2/ 998**.

(6) قوله: (فلأنه ذبحَ قبل ذبحِ... مع الشافعي) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 910**.

(7) قول الإمام مالك بنصِّه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: **210**.

ومن ذبح قبل الإمام؛ فلا أضحيةَ له وتلزمه الإعادة؛ وسواء ذبح قبل الصلاة أو بعدها[1].

قال ابن المواز: ولا يُراعى في اليوم الثاني والثالث ذبح الإمام ولا غيره، ولكن إذا ارتفعت الشمس؛ جاز الذبح، ولو فَعَل ذلك بعد[2] الفجر؛ أجزأه في هذين اليومين[3].

(وينبغي للإمام أن يُحضِر أضحيته [ز: 474/أ] إلى المصلَّى فيذبحها[4]؛ ليعلم الناس بذبحه، فيذبحوا بعده.

فإن لم يفعل، فليتوخ الناس قدر انصرافه وذبحه، ثم يذبحون بعده[5]، فإن توخَّوا ذلك، فذبحوا، ثم تبيَّن لهم أنهم ذبحوا قبلَه؛ لم تجب عليهم إعادة.

وكذلك من ذبح في قريةٍ ليس لها إمام، مُتَحريًّا ذبح من يليه من الأئمة، فصادف ذبحه قبله؛ أجزأه)[6].

أما قوله: **(وينبغي للإمام أن يُحْضِر أضحيته إلى المصلَّى فيذبحها؛ ليعلم[7] الناس بذبحه[8] فيذبحون بعده)** فالأصل في ذلك ما خرجه البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما: "أن رسول الله ﷺ كَانَ يَنْحَرُ، أَوْ يَذْبَحُ بِالْمُصَلَّى"[9].

قال ابن بطال[10]: وعلى ذلك جرى العمل في سائر الأمصار.

---

(1) قوله: (ومن ذبح قبل الإمام؛ فلا أضحيةَ له... أو بعدها) بنصِّه في التفريع (الغرب): **1/ 389** و**390** و(العلمية): **1/ 301**.

(2) في (ز): (قبل)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(3) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 313**.

(4) كلمة (فيذبحها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) جملة (فإن لم يفعل، فليتوخ... فيذبحون بعده) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) التفريع (الغرب): **1/ 389** و**390** و(العلمية): **1/ 302**.

(7) في (ز): (فيعلم).

(8) في (ز): (بذبحها).

(9) رواه البخاري: **2/ 23**، في باب النحر والذبح يوم النحر بالمصلى، من أبواب العيدين، برقم **(982)** عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(10) كلمة (بطال) يقابلها في (ز): (أبي زيد)، وما رجحناه موافق لما في شرح ابن بطال.

قال المهلَّب: وإنما يذبح الإمام بالمصلَّى؛ ليراه الناس، فيذبحون على يقين بعد ذبحه، ويشاهدون صفة ذبحه، فإنه مما يحتاج فيه إلى العيان، وليبادر الذبح بعد[1] الصلاة.

قال مالك: إنما يذبح الإمام في المصلَّى؛ لئلا يذبح أحدٌ قبله[2].

قال الباجي: ولأنَّ الأضحية من القُرَب العامة المسنونة فالأفضل إظهارها؛ لأنَّ في ذلك إحياء سنتها.

قال ابن حبيب: يُستحب الإعلان بالضحية؛ لكي يعرف الجاهل سنتها وما **[ك: 156/ب]** يلزمه منها[3].

وأما قوله: (**فإن لم يفعل فليتوخَّ الناس قدر انصرافه**[4] **وذبحه ثم يذبحون**)؛ فلأنهم لا يقدرون على أكثر من ذلك[5].

وأما قوله: (**فإن توخوا ذلك فذبحوا ثم تبيَّن لهم أنهم ذبحوا قبله؛ لم تجب عليهم إعادة**) فلأنهم قد اجتهدوا فيما لا سبيلَ لهم إلى اليقين فيه، فلم يجب عليهم بعد ذلك إعادة، كالاجتهاد في القبلة مع الغيم[6].

إلَّا أن يذبح قبل ذبح الإمام في وقتٍ لو ذبحَ الإمامُ في المصلَّى كان ذابحًا قبله؛ لم يجزه؛ لأنه إنما[7] ذبح في قدرٍ يعلم أن الإمام لم يذبح فيه، إلَّا أن يتوانى الإمام بعد وصوله إلى داره، فمَنْ ذبح في وقتٍ لو لم يتوانَ الإمام وذبح في داره كان ذابحًا بعده؛ أجزأه[8]؛ ....

(1) في (ز): (قبل)، وما رجحناه موافق لما في شرح ابن بطال.
(2) شرح صحيح البخاري، لابن بطال: **6/ 17**.
(3) المنتقى، للباجي: **4/ 176**.
(4) في (ز): (انصرافهم).
(5) قوله: (فلأنهم لا يقدرون على أكثر من ذلك) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 441**.
(6) قوله: (فلأنهم قد اجتهدوا فيما لا سبيلَ... مع الغيم) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 441**.
(7) كلمتا (لأنه إنما) يقابلهما في (ك): (لأنه بعد إنما).
(8) قوله: (إلَّا أن يذبح قبل ذبح الإمام في... بعده؛ أجزأه) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 314** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 37**.

لأن الإمام متعدٍ[1] بالتأخير.

وأما قوله: (**وكذلك من ذبح في قريةٍ ليس لها إمام متحريًا**[2] **ذبح من يليه من الأئمة فصادف ذبحه قبله؛ أجزأه**)؛ فلأنَّ أهل البوادي ومن لا إمام لهم من أهل القرى عليهم الاقتداء بأقرب الأئمة إليهم حتى يذبحوا بعده[3].

قال ابن القاسم: فإن تحروا فذبحوا قبله؛ أجزأهم[4].

قال أبو إسحاق: يريد أنهم تأخروا القدر الذي في[5] العادة أن يصلي الإمام فيه ويذبح؛ لأنهم فعلوا ما يجب عليهم من الاجتهاد فلا يلزمهم أكثر من ذلك.

قال الباجي: لأنَّ فرضهم الاجتهاد والتحري في أمر غائبٍ عنهم لا يمكنهم تيقُّنه، فكان الخطأ[6] موضوعًا عنهم، كالخطأ في القبلة عند اشتباه أعلامها[7].

قال بعض شيوخنا: ولا يلزمهم التأخير إلى الزوال حتى يضحوا على يقين، كما لم[8] يلزم المصلي أن يصلي إلى الجهات [ز: 474/ب] الأربع؛ بل اكتفي منه بالاجتهاد.

---

(1) في (ز): (متعمدٌ).

(2) في (ك): (متوخيًّا).

(3) كلمة (بعده) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 69 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 362.

(5) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(6) في (ز): (كالخطأ).

(7) في (ز): (أعلامنا).

المنتقى، للباجي: 4/ 170.

(8) حرف النفي (لم) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

[الأيام المعلومات والأيام المعدودات]

(والأيام المعلوماتُ أيام الذبح، يوم[1] النحر ويومان بعده، والأيام المعدودات ثلاثة أيام بعد يوم النحر، فيوم النحر معلومٌ، غير[2] معدود، واليومان بعده[3] معلومان معدودان[4]، واليوم الرابع معدودٌ غير معلوم)[5].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ فِيٓ أَيَّامٍ مَّعْدُودَٰتٍ﴾ الآية [البقرة: 203]، وقال تعالى[6]: ﴿وَيَذْكُرُواْ ٱسْمَ ٱللَّهِ فِيٓ أَيَّامٍ مَّعْلُومَٰتٍ﴾ الآية [الحج: 28]، فالأيام المعلوماتُ أيام النحر، وهي يوم النحر ويومان بعده.

والأيام المعدودات أيام التشريق، وهي[7] ثلاثة أيام بعد يوم النحر[8]، وهي أيام منى التي تُرمى فيها الجمار؛ ولذلك سُمِّيَت معدودات، أي: معدودات في الرمي[9].

وإنما سُمِّي يوم النحر معلومٌ؛ لجواز النحر فيه، وسُمِّي غير معدودٍ؛ لأنَّ النفْر لا يجوز في غده.

وسُمِّي اليوم الرابع معدود؛ لجواز الرمي فيه، وسُمِّي غير معلوم؛ لامتناع النحر فيه.

---

(1) كلمتا (الذبح يوم) يقابلهما في (ز): (الذبح، وهو يوم)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) قوله: (غير) ساقط من طبعة دار الكتب العلمية.

(3) في (ز): (بعد) وهو ساقط من (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) كلمة (معدودان) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) التفريع (الغرب): 1/ 390 و(العلمية): 1/ 302.

(6) جملة (وَاذْكُرُوا اللهَ فِي أَيَّامٍ... وقال تعالى) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(7) كلمة (وهي) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(8) قوله: (فالأيام المعلوماتُ: أيام النحر... يوم النحر) بنصِّه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 211 والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 313.

(9) قوله: (وهي: أيام منى التي تُرمى فيها الجمار... في الرمي) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 34.

وسُمِّي الثاني والثالث [ك: 155/أ] معلومًا معدودًا؛ لجواز النحر والرمي فيه[1].

قال أبو إسحاق: لـمَ[2] قلتم: إنَّ[3] اليوم الأول معلوم غير معدود وقد شارك[4] اليومين اللذين بعده في النحر والرمي، فوجب أن يكون مثلهما معدودًا معلومًا؟

قال: يقال له: الأول إنما تُرْمَى فيه جمرة العقبة وحدها، ولا تُرمَى فيه بقية الجمار، فكان الأخصُّ به الذبحُ لا الرمي لَمَّا لم[5] يرم فيه جميع الجمار.

وقال ابن الجهم: إن قيل: كيف يجتمع حكمان في أيام معينة؟

قال:[6] قيل: كما يجتمع في ذي القعدة وذي الحجة حكمان، هذان الشهران من شهور الحج، ومن شهور الحرم، وشوال من شهور الحج خالصًا، ومحرم من الشهور الحرم خالصًا[7] كذلك يومُ[8] النحر من المعلومات خالصًا، واليومان بعده من المعلومات والمعدودات، واليوم الثالث من أيام التشريق من المعدودات خالصًا، والله أعلم.



---

(1) قوله: (وإنما سُمِّي يوم النحر معلومٌ؛ لجواز... فيه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 437.

(2) في (ز): (إنْ).

(3) حرف التوكيد (إنَّ) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(4) كلمتا (وقد شارك) يقابلهما في (ز): (فقد يتناول).

(5) حرف النفي (لم) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(6) في (ز): (فإن).

(7) عبارة (ومحرم من الشهور الحرم خالصًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) في (ز): (فيومُ).

كتاب العقيقة

(والعقيقة مستحبة، غير مستحقة، وهي شاة عن الذكر والأنثى)[1].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنّه قال: «**كُلُّ غُلَامٍ رَهِينٌ بِعَقِيقَتِهِ تُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ وَيُحْلَقُ رَأْسُهُ وَيُسَمَّى**»، خرجه أبو داود[2].

وعقَّ رسول الله ﷺ عن الحسن والحسين عقَّ[3] عن الحسن كبشًا، وعن الحسين كبشًا[4].

إذا ثبت هذا فقال مالك -رحمة الله عليه-: العقيقة سُنة، ويُستحب العمل بها، وكانوا يكرهون تركها.

وقال ابن المواز: هي مستحبَّةٌ وليست بواجبة[5]، واستدلَّ بقول النبي ﷺ: «**مَنْ وُلِدَ لَهُ مَوْلُودٌ فَأَحَبَّ أَنْ يَنْسُكَ عَنْهُ فَلْيَفْعَلْ**»[6].

وقد كانت في الجاهلية فأقرَّها [ز: 475/أ] النبيُّ ﷺ[7].

---

(1) التفريع (الغرب): 1/ 395 و(العلمية): 1/ 308.

(2) صحيح، رواه أبو داود: 3/ 106، في باب العقيقة، من كتاب الضحايا، برقم (2838).

والنسائي: 7/ 166، في باب متى يعق؟ من كتاب العقيقة، برقم (4220) كلاهما عن سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(3) كلمة (عقَّ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) صحيح، رواه أبو داود: 3/ 107، في باب العقيقة، من كتاب الضحايا، برقم (2841) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(5) في (ز): (واجبة).

(6) قوله: (العقيقة سُنة، ويُستحب العمل... عنه فليفعل) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 332.

والحديث رواه أحمد في مسنده، برقم (6822).

وابن أبي شيبة في مصنفه: 5/ 114، برقم (24244).

والحاكم في مستدركه: 4/ 265، في كتاب الذبائح، برقم (7592)، -بإسناد قال عنه: صحيح ولم يخرجاه- جميعهم عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.

(7) قوله: (وقد كانت في الجاهلية فأقرَّها النبيُّ ﷺ) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 60.

قال مالك: والذكر والأنثى فيها سواء[1].

وقال الشافعي وأبو حنيفة: عن الذكر شاتان، وعن الأنثى شاة[2].

ودليلنا أنه ذبحٌ يُتقرب به، فلم يفاضل فيه بين الذكر والأنثى كالأضحية[3].

(ولا يجتمع اثنان في شاةٍ واحدة)[4].

والأصل في ذلك ما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنَّه عقَّ عن الحسن كبشًا وعن الحسين كبشًا.

ولأنَّ الغرضَ بها إراقة دمٍ والشركة فيه[5] لا تجوز، وإذا ذبح شاةً عن اثنين؛ صار كأنه أخرج لحمًا فلم يجزئه كالأضحية[6].

وسواء كان الاثنان في بطنٍ أو بطنين[7]؛ للعلة التي ذكرناها.

(وهي من الإبل، والبقر [ك: 155/ب]، والغنم)[8].

لا خلاف أعلمُه أن العقيقة من الضأنِ والمعْز جائزة.

واختُلف هل تجوز من الإبل والبقر؟

فقال مالك في كتاب ابن حبيب: يجوز أن يعق بالإبل والبقر والضأن والمعز، والضأن أحبُّ إليَّ من المعز[9] والبقر؛ لأنها نسكٌ كالأضحية.

---

(1) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 333.

(2) قوله: (وقال الشافعي وأبو حنيفة:... شاة) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1586.

(3) قوله: (أنه ذبحٌ يُتقرب به... والأنثى كالأضحية) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 444 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 61.

(4) التفريع (الغرب): 1/ 395 و(العلمية): 1/ 308.

(5) في (ك): (فيهما).

(6) قوله: (ولأن الغرضَ بها إراقة دمٍ والشركة... يجزئه كالأضحية) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 60.

(7) قوله: (وسواء كان الاثنان في بطنٍ أو بطنين) بنحوه في الذخيرة، للقرافي: 4/ 163.

(8) التفريع (الغرب): 1/ 395 و(العلمية): 1/ 308.

(9) في (ز): (الإبل)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

وقال ابن المواز: لا يعق بالإبل والبقر، ولو عقَّ بالجذع من الضأن والثني من المعز؛ لجاز.

قال سحنون: وبه جاءت السُّنة[1].

قال اللخمي: والأول أحسن؛ لأنَّ كل هذه الأصناف مما يُتقرب به إلى الله تعالى، ومحمل الحديث بذكر الشاة تخفيفٌ عن أمته[2].

(وسنها سنُّ الضحايا، ولا يجوز فيها من العيوب، ما لا يجوز في الضحايا)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّه ذبحٌ متقربٌ به إلى الله تعالى كالأضحية[4]، وهو قول ابن عمر وعروة بن الزبير رضي الله عنهم وجماعة من التابعين رضي الله عنهم.

[وقت العقيقة]

(ووقتها يوم السابع من ولادة المولود، إذا وُلِد قبل الفجر.

وإن وُلِد بعد الفجر[5]؛ ألغى ذلك اليوم، وحَسبَ سبعة بعده.

وتذبح العقيقة في صدر النهار، ولا يعق بليل)[6].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال[7]: «**كُلُّ غُلَامٍ رَهِينٌ بِعَقِيقَتِهِ تُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ السَّابِعِ، [وَيُحْلَقُ رَأْسُهُ]**[8] **وَيُسَمَّى**»[9]، ورُوي عن النبي ﷺ «**أنه عقَّ عن الحسن**

---

(1) قوله: (قال مالك في كتاب ابن حبيب: يجوز أن... جاءت السُّنة) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 333**.

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1587**.

(3) التفريع (الغرب): **1/ 395** و(العلمية): **1/ 308**.

(4) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأنه ذبحٌ متقربٌ به إلى الله تعالى كالأضحية) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 445**.

(5) كلمتا (بعد الفجر) يقابلهما في (ك): (بعده)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) التفريع (الغرب): **1/ 395** و(العلمية): **1/ 308**.

(7) كلمتا (أنه قال) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(8) ما بين المعكوفتين ساقط من (ز) و(ك)، وما أثبتناه أتينا به من سنن أبو داود ومسند أحمد.

(9) صحيح، رواه ابن ماجة: **2/ 1056**، في باب العقيقة، من كتاب الذبائح، برقم **(3165)** عن سمرة بن =

والحسين يوم سابعهما»[1].

إذا ثبت هذا فقال مالك: من وُلد له مولود قبل الفجر عقَّ عنه يوم سابعه، فإن وُلد له[2] بعد الفجر؛ ألغى ذلك اليوم وحسب سبعة أيامٍ بعده[3]، فإنَّ الليلة هي السابقة[4] لليوم، وإنما تُحسب سبعة أيام بلياليها[5].

ومما يدلُّ على ذلك أنَّ رمضان ينقضي بغروب الشمس من رؤية الهلال أو العدد، وإذا رأى الهلال؛ فبالإجماع هو مبدأ الشهر.

وحكى ابن بشير في تنبيهه قولًا آخر أنه يُحسب ذلك اليوم؛ لأنَّ الأخبار إنما دلت على السابع، واشتراط سبعة أيام كوامل لا دليل عليه[6].

وأما قوله: (**وتذبح** [ز: 475/ب] **العقيقة**[7] **في صدر النهار ولا يعقُّ بليلٍ**) فلأنه ذبحٌ متقربٌ به إلى الله تعالى كالضحايا، ولأنَّ ذلك سُنَّة الضحايا والعقائق والنسك[8].

= جندب رضي الله عنه.

(1) قوله: (والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: كل غلامٍ... يوم سابعهما) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 444.

والحديث رواه أبو يعلى في مسنده: 8/ 17، برقم (4521).

والحاكم في مستدركه: 4/ 264، في كتاب الذبائح، برقم (7588)، - بإسناد قال عنه: صحيح ولم يخرجاه بهذه السياقة، ومحمد بن عمرو هذا هو: اليافعي وإنما جمعت بين الربيع وابن عبد الحكم - من حديث عائشة رضي الله عنها.

ورواه الطبراني في الكبير: 3/ 29، برقم (2575).

والبيهقي في سننه الكبرى: 9/ 504، برقم (19271) كلاهما من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(2) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) قول الإمام مالك بنصِّه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 213.

(4) كلمتا (هي السابقة) يقابلهما في (ك): (سابقة).

(5) قوله: (فإن الليلة هي السابقة لليوم... بلياليها) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 61.

(6) لم أقف على قول ابن بشير.

(7) كلمة (العقيقة) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(8) كلمة (والنسك) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

قوله: (فلأنه ذبحٌ متقربٌ به إلى الله تعالى كالضحايا... والعقائق والنسك) بنصِّه في المعونة، لعبد =

فإن كان السابع يوم الأضحى وليس عنده إلَّا شاةٌ واحدة ماذا يصنع بها أيعقُّ بها؟ أم يضحي؟

فقال مالك: يعقُّ بها.

قال العتبي: إلَّا أن يكون السابع آخر يوم من أيام الأضحى، فتكون الأضحية أَوْلَى؛ لأنها أوجَب.

قال مالك: ويعق العبدُ عن ولده الحر ويُضحي عنه إن أَذِن له السيد [ك: 154/أ] في ذلك، وإلا فلا[1].

ويُعقُّ عن اليتيم[2]، ولا يُعقُّ عمَّن مات قبل السابع[3].

[الأكل من العقيقة]

(ولا بأس بالأكل منها، والإطعام بغير حدٍّ)[4].

وإنما قال ذلك؛ لأنه ذبحٌ متقربٌ به كالضحايا.

قال عبد الوهاب: وليتصدَّق منها؛ لأنَّ القصد بها القُربة والأصل التصدقُ، والأكل تبعٌ[5].

قيل لمالك[6]: فيعمل منها[7] الطعام الطيب ويدعى إليه؟

قال: ما رأيتهم عندنا يفعلون ذلك، إنما كانوا يأكلون منها ويُطعمون، ويبعثون إلى

=

الوهاب: 1/ 444.

(1) قوله: (فإن كان السابع يوم الأضحى وليس... وإلا فلا) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 335 و336.

(2) قوله: (ويُعقُّ عن اليتيم) بنصِّه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 214.

(3) قوله: (ولا يُعقُّ عمَّن مات قبل السابع) بنصِّه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 213.

(4) التفريع (الغرب): 1/ 395 و(العلمية): 1/ 308.

(5) المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 444.

(6) كلمتا (قيل لمالك) يقابلهما في (ك): (قال مالك)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(7) في (ك): (منه).

الجيران[1].

قال بعض أصحابنا: يريد أنه يبعث إلى الجيران ولا يدعوهم[2].

قال ابن القاسم: ولا يُعجبني أن يجعله صنيعًا يدعو إليه[3].

ونقل ابن بشير قولًا آخر بالجواز، وعلَّل ذلك بأن قال: لأنَّه طعامُ سرورٍ فأشبه الولائم[4].

(ولا بأس بكسر عظامها، ولا يلطخ المولود بشيءٍ من دمها)[5].

أما قوله: (**ولا بأس بكسر عظامها**)[6] فإنما قال ذلك؛ لأنها بمنزلة الضحايا، وكانت الجاهلية تقطعها من المفصل ولا تكسِرها، ويرون[7] أن كسرَ ذلك تفاؤلٌ بكسر عظم الصبي وضعفه، وبقاء ذلك تفاؤلٌ بصحته وقوَّته، فلم يلتفت إلى ذلك، ويجب ترك شعار الكفر[8]؛ ولأنه لا فائدة فيه إلَّا اتباع الباطل، وليس الكسر بمسنون ولا مستحب، ولكن سُنَّ[9] تكذيبًا للجاهلية لحرجهم[10] من ذلك[11].

وسُئل مالك أيدَّخر لحم العقيقة؟

---

(1) قوله: (قيل لمالك: فيعمل منها... الجيران) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 63**.

(2) قوله: (يريد: أنه يبعث إلى الجيران ولا يدعوهم) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **3/ 1592**.

(3) قول ابن القاسم بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 336**.

(4) قوله: (وعلَّل ذلك بأن قال: لأنه طعامُ سرورٍ فأشبه الولائم) بنصِّه في التوضيح، لخليل (بعنايتنا): **3/ 282**.

(5) جملة (ولا يلطخ المولود بشيءٍ من دمها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).
التفريع (الغرب): **1/ 395** و(العلمية): **1/ 308**.

(6) جملة (أما قوله: ولا بأس بكسر عظامها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(7) في (ز) و(ك): (ويروى)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(8) كلمة (الكفر) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) كلمة (سُنَّ) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(10) كلمة (لحرجهم) يقابلها في (ز): (في تحرُّجهم).

(11) قوله: (فإنما قال ذلك؛ لأنها بمنزلة الضحايا... من ذلك) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 445** والتحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): **4/ 294**.

قال: شأن الناس أكلُها، وما بذلك بأس[1].

وقوله[2]: **(ولا يلطخ المولود بشيء من دمها)** فالأصل[3] في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**يُعَقُّ عَنِ الْمَوْلُودِ وَلَا يُمَسُّ رَأْسُهُ بِدَمٍ**»[4].

وأمر ﷺ أن يحلق رأس الحسن والحسين يوم سابعهما، ثم يتصدق بوزن شعرهما فضةً[5]، وأن تخلق رؤوسهما بعد الحِلاق بخلوقٍ بدلًا من الدَّم الذي كانت الجاهلية تفعلُه[6].

وروى أبو داود في سننه عن بريدة رضي الله عنه أنه قال: "كنا نفعل ذلك في الجاهلية، فلما جاء الله بالإسلام[7] صِرنا نحلق رأسه ونُلطخه بزعفران بدلًا من الدم"[8].

ورُوي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "كان في الجاهلية تدمى رأس المولود [ز: 476/أ]، فأمر رسول الله ﷺ أن نجعل مكانه الخلوق"[9].

---

(1) قوله: (وسُئل مالك أيدَّخر لحم العقيقة... بذلك بأس) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 335.

(2) في (ك): (أصل).

(3) كلمتا (دمها فالأصل) يقابلهما في (ك): (دمها شرح فالأصل).

(4) صحيح، رواه ابن ماجة: 2/ 1057، في باب العقيقة، من كتاب الذبائح، برقم (3166).

والطبراني في الكبير: 13/ 199، برقم (475) كلاهما بألفاظ متقاربة عن عبد الله المزني رضي الله عنه.

(5) يشير للحديث الذي رواه أحمد في مسنده، برقم (27183).

والطبراني في الكبير: 1/ 310، برقم (917).

والبيهقي في سننه الكبرى: 4/ 57، برقم (6181) جميعهم بألفاظ متقاربة عن أبي رافع رضي الله عنه.

(6) كلمتا (الجاهلية تفعلُه) يقابلهما في (ك): (تفعلُه الجاهلية) بتقديم وتأخير.

ويشير للحديث الذي رواه عبد الرزاق في مصنفه: 4/ 330، برقم (7963).

وأبو يعلى في مسنده: 8/ 17، برقم (4521) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(7) عبارة (جاء الله بالإسلام) يقابلها في (ز): (جاء الإسلام).

(8) حسن صحيح، رواه أبو داود: 3/ 107، في باب العقيقة، من كتاب الضحايا، برقم (2843).

والبيهقي في سننه الكبرى: 9/ 509، برقم (19288) كلاهما عن أبي بريدة رضي الله عنه قال: كُنَّا فِي الْجَاهِلِيَّةِ إِذَا وُلِدَ لِأَحَدِنَا غُلَامٌ ذَبَحَ شَاةً وَلَطَخَ رَأْسَهُ بِدَمِهَا، فَلَمَّا جَاءَ اللهُ بِالْإِسْلَامِ كُنَّا «نَذْبَحُ شَاةً، وَنَحْلِقُ رَأْسَهُ وَنُلَطِّخُهُ بِزَعْفَرَانٍ» وهذا لفظ أبي داود.

(9) صحيح، رواه ابن حبان في صحيحه: 12/ 124، في باب العقيقة، من كتاب الأطعمة، برقم (5308) عن =

وروى النسائي عن النبي ﷺ أنه قال: «فِي الْغُلَامِ عَقِيقَةٌ فَأَهْرِيقُوا عَنْهُ [دَمًا](1)، وَأَمِيطُوا عَنْهُ الْأَذَى»(2)، وإذا أمر بإزالة الأذى الذي عليه، فلأن لا تُطرح عليه نجاسة أَوْلَى وأَحْرَى.

ولأنه ذبحٌ مقصودٌ به القربةُ؛ فوَجَبَ أن لا يمس المذبوح عنه بشيء من دمها كالضحايا(3). [ك: 154/ب]

[فيمن فاتته العقيقة]

(ولا يُعَق عن كبير)(4).

اعلم أنَّه لا يعق عن كبير؛ لفوات الوقت المقدَّر بالنص كفوات أيام الأضحية(5).

(ومن فاتته العقيقة يوم سابعه؛ فلا عقيقةَ عليه بعد ذلك.

وقد قيل: يعق عنه في السابع الثاني)(6).

اختُلِفَ فيمن فاتته العقيقة يوم(7) السابع هل يعق عنه في السابع الثاني؟ أم لا؟

فقال مالك في سماع أشهب: لا يعق عنه.

عائشة ﵂ أنها قالت: كَانُوا فِي الْجَاهِلِيَّةِ إِذَا عَقُّوا عَنِ الصَّبِيِّ خَضَبُوا قُطْنَةً بِدَمِ الْعَقِيقَةِ، فَإِذَا حَلَقُوا رَأْسَ الصَّبِيِّ وَضَعُوهَا عَلَى رَأْسِهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «اجْعَلُوا مَكَانَ الدَّمِ خَلُوقًا».

(1) ما بين المعكوفتين ساقط من (ز) و(ك) وما أثبتناه أتينا به من سنن النسائي.

(2) صحيح، رواه النسائي: 7/ 164، في باب العقيقة عن الغلام، من كتاب العقيقة، برقم (4214).

وأصله رواه البخاري: 7/ 84، في باب إماطة الأذى عن الصبي في العقيقة، من كتاب العقيقة، برقم (5471) عن سلمان بن عامر الضبي ﵁.

(3) قوله: (ولأنه ذبحٌ مقصودٌ به القربةُ... دمها كالضحايا) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 931.

(4) التفريع (الغرب): 1/ 395 و(العلمية): 1/ 309.

(5) قوله: (لفوات الوقت المقدَّر بالنص كفوات أيام الأضحية) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 444 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 63.

(6) التفريع (الغرب): 1/ 395 و396 و(العلمية): 1/ 309.

(7) في (ز): (في).

وروى عنه[1] ابن وهب أنَّه يعقُّ عنه في السابع الثاني، فإن لم يفعل؛ ففي الثالث، فإن فات؛ فلا يعق بعد ذلك.

قال ابن حبيب: ورُوي مثله عن عائشة رضي الله عنها.

قال ابن حبيب: ومذهب ابن القاسم وروايته عن مالك إذا فاته السابع الأول فقد فاتته العقيقة[2].

فوجه قول ابن القاسم قوله ﷺ: «**كُلُّ غُلَامٍ مَرْهُونٌ بِعَقِيقَتِهِ تُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ**»[3]، والموضع موضع توقيف فوجبَ قصرُه عليه.

ووجه قول ابن وهب أنَّ هذا مرويٌّ عن عائشة رضي الله عنها ولأنَّه نسكٌ فلم يكن وقت[4] ذبحه أقل من ثلاث كالضحايا[5].

قال اللخمي: وقول مالك: إنَّ العقيقة تختصُّ بالسابع الأول أحسن؛ للحديث: «**أنه يُعَقُّ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ**»[6]، ولم يَرِد حديثٌ بغير ذلك، ولو صحَّ أن يعق في غير الأسبوع الأول؛ لصحَّ أن يعق في الرابع والخامس[7].

(وليس على الناس التصدق بوزن شعر المولود ذهبًا أو ورقًا، ومن فعل ذلك؛ فلا بأس به)[8].

والأصل في ذلك ما خرجه الترمذي عن علي رضي الله عنه أنَّه قال: عقَّ رسول الله ﷺ عن الحسن بكبش، وقال: «**يَا فَاطِمَةُ، احْلِقِي رَأْسَهُ، وَتَصَدَّقِي بِزِنَةِ شَعْرِهِ فِضَّةً**»، قال: فَوَزَنَّاهُ

---

(1) في (ك): (عن).

(2) قوله: (فقال مالك في سماع أشهب: لا يعق عنه... فاتته العقيقة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 334 و335 والبيان والتحصيل، لابن رشد: 3/ 391.

(3) تقدم تخريجه في كتاب العقيقة: 88/6.

(4) كلمة (وقت) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(5) قوله: (ووجه قول ابن وهب: أن هذا... ثلاث كالضحايا) بنحوه في المنتقى، للباجي: 4/ 200.

(6) رواه الطبراني في الكبير: 7/ 201، برقم (6832) عن سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1590.

(8) التفريع (الغرب): 1/ 396 و(العلمية): 1/ 309.

فَكَانَ دِرْهَمًا أَوْ بَعْضَ دِرْهَمٍ[1].

قال مالك في كتاب ابن المواز: وما ذلك على الناس؛ لأنها صدقةٌ، فاستُحبت كسائر الصدقات[2].

والصبي والصبية[3] في حلق الرأس يوم السابع سواءٌ[4].

[النهي عن بيع لحم العقيقة]

(ولا يُباع شيءٌ من لحم العقيقة، ولا إهابها.

ولا بأس بالانتفاع بجلدها[5]، [ز: 476/ب] وهي في ذلك مثل الأضحية)[6].

وإنما قال ذلك؛ لأنها ذبيحةٌ قُصِدَ بها التقرُّب إلى الله تعالى، فلم يجُز بيع شيءٍ منها كالأضحية[7].

(ويُسَمَّى المولود ويعق عنه يوم سابعه)[8].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**كُلُّ غُلَامٍ مُرْتَهَنٌ بِعَقِيقَتِهِ، يُعق عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ وَيُسَمَّى**»[9].

---

(1) حسن، رواه الترمذي: 4/ 99، في باب العقيقة بشاة، من أبواب الأضاحي، برقم (1519).
والحاكم في مستدركه: 4/ 265، في كتاب الذبائح، برقم (7589) كلاهما عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(2) قوله: (قال مالك في كتاب ابن المواز: وما ذلك على... كسائر الصدقات) بنصِّه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): 4/ 294.

(3) كلمتا (والصبي والصبية) يقابلهما في (ز): (والأنثى والصبي).

(4) قوله: (والصبي والصبية في حلق الرأس يوم السابع سواءٌ) بنصِّه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): 1/ 577.

(5) في (ك): (بجلودها)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) التفريع (الغرب): 1/ 396 و(العلمية): 1/ 309.

(7) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأنها ذبيحةٌ قصد... منها كالأضحية) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 444 و445.

(8) عبارة (ويعق عنه يوم سابعه) يقابلها في (ز): (يوم سابعه يوم يعق عنه).
التفريع (الغرب): 1/ 395 و(العلمية): 1/ 308.

(9) تقدم تخريجه في كتاب العقيقة: 88/6.

قال ابن حبيب: ولا بأس أن يتخيَّر له الاسم في تلك الأيام ولا يوقعه عليه [ك: 153/أ] إلَّا بعد السابع.

وكذلك رُوي عن النبي ﷺ أنَّه سمَّى الحسن والحسين وزينب وأم كلثوم يوم السابع(1).

قال ابن وهب: وبهذا أخذ مالك(2).

قال اللخمي: وهذا إذا كان يعقُّ عنه، فإن كان ممن لا يعق عنه؛ فلا بأس أن يُسمَّى يوم الولادة.

قال: وقد أُتي النبيُّ ﷺ بعبد الله بن أبي طلحة يوم وُلد فحنَّكه بتمرةٍ وسمَّاه عبد الله(3).

واختُلف فيمن مات قبل السابع هل يسمَّى؟ أم لا؟

فقال ابن يونس: لا يسمَّى ولا يعق عنه(4).

وقال ابن حبيب: أحبُّ إليَّ أن يُسمَّى(5).

❁❁❁

---

(1) رواه الحاكم في مستدركه: 3/ 189، في كتاب معرفة الصحابة، برقم (4803).
والبيهقي في سننه الكبرى: 9/ 511، برقم (19295) كلاهما عن جعفر بن محمد، عن أبيه.

(2) قوله: (قال ابن حبيب: ولا بأس أن يتخيَّر له... أخذ مالك) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 334.

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 3/ 1591.
والحديث رواه مسلم: 3/ 1689، في باب استحباب تحنيك المولود عند ولادته وحمله إلى صالح يحنكه، وجواز تسميته يوم ولادته، واستحباب التسمية بعبد الله وإبراهيم وسائر أسماء الأنبياء عليهم السلام، من كتاب الآداب، برقم (2144) عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 64.

(5) قول ابن حبيب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 334.

كتاب أمهات الأولاد

(ولا يجوز بيع أمهات الأولاد، في الحياة، ولا بعد الوفاة، ولا تجوز هبتهنَّ ولا إجارتهنَّ)(1).

والأصل في ذلك ما خرجه الدارقطني عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الأولاد، قال: «**لَا يُبَعْنَ وَلَا يُوهَبْنَ وَلَا يُورَثْنَ، يَسْتَمْتِعُ بِهَا سَيِّدُهَا مَا دَامَ حَيًّا فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّة**»(2).

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه(3) قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**أَيُّمَا أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدُهَا فَإِنَّهَا إِذَا مَاتَ حُرَّةٌ**»(4).

قال سحنون: وقد قام من إجماع الصحابة بالمدينة في منع(5) بيع أمهات الأولاد ما لا يسع خلافُه، وقضى بذلك عمر وعثمان رضي الله عنهما(6).

(ومن باع أم ولده؛ فُسِخ بيعه، وردَّ الثمن على المبتاع.
ولو أعتقها مبتاعها؛ ردَّ عتقه(7).
وإن ماتت عند مبتاعها؛ لم يضمَن ثمنها ولا قيمتها)(8).

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه "نهى عن بيع أمَّهات الأولاد".

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 5 و(العلمية): 1/ 324.

(2) ضعيف، رواه الدارقطني في سننه: 5/ 236، برقم (4247).
والبيهقي في سننه الكبرى: 10/ 583، برقم (21795) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(3) كلمة (أنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) ضعيف، رواه الطبراني في الكبير: 11/ 209، برقم (11519).
والدارقطني في سننه: 5/ 232، برقم (4236) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(5) كلمة (منع) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) قول سحنون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 121 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 140.

(7) في (ك): (عتقها).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 5 و(العلمية): 1/ 324.

إذا ثبت هذا فقال مالك: ومن باع أم ولد له؛ فسخ بيعه وردَّ الثمن على المبتاع، وإن أعتقها مبتاعها؛ ردَّ عتقه.

وكذلك إذا دبَّرها أو كاتبها؛ نقض ذلك كله ورُدَّت على بائعها، وكانت له أم ولدٍ كما كانت، وإن ماتت عند المبتاع؛ فمصيبتها من البائع ويرد الثمن على مشتريها. **[ز: 477/أ]**

وإن لم يعلم للمبتاع موضع؛ كان على البائع طلبه حتى يرد إليه الثمن؛ ماتت أم الولد أو بقيت.

وكذلك إن مات البائع وماتتْ هي بعد موته أو قبله، أو بقيتْ ولم تمت[1]، أو لم يمت البائع وقد ماتت هي أو بقيت؛ فإن البائع يتبع بالثمن في ذمته كان مليًّا أو معدمًا[2].

قال اللخمي: وإذا ردَّ بيع أم الولد تحفَّظ منه[3] عليها؛ لئلا يعود إلى بيعها، ولا يُمَكَّن من السفر بها، وإن لم يمكن التحفظ منه؛ عتقت عليه قياسًا على **[ك: 153/ب]** قول مالك في "المبسوط" في الذي يبيعُ زوجتَه: إنه لا يكون بيعها طلاقًا.

وقيل: تطلق عليه إذا خِيف منه أن يعود لمثل ذلك[4].

قال مطرِّف: ولو أولدها المبتاعُ لم يفتها الإيلاد، وكان الولد به لاحق، ولا قيمة عليه فيه؛ لأن البائعَ أباحَه فرجها[5].

قال ابن الماجشون: ولو زوَّجها المبتاعُ لعبده فولدت منه؛ لردَّت مع ولدها للبائع، ويكون لولدها حكم أم الولد.

وقال أصبغ: سواءٌ أولدها المشتري أو زوجها لا شيءَ للبائع من الولد ولا قيمة؛

---

(1) كلمتا (ولم تمت) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(2) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13/ 182 و183**.

(3) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 4057**.

(5) قول مطرِّف بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13/ 183**.

لأنه هو أباحها[1].

(ومن أجَّر أم ولده؛ فسخت إجارته، فإن لم تفسخ حتى انقضت؛ لم يرجع المستأجر على سيدها بشيء)[2].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الحرمة المانعة من بيعها هي المانعة من إجارتها[3].

إذا ثبت هذا، فقال مالك في "المختصر الكبير": لا يُؤاجِر أم الولد إلَّا برضاها[4].

لأنَّ الحرَّ لو رَضِيَ أن يؤاجر ويأخذ إجارته[5] غيره؛ جاز[6].

قال بعض أصحابنا: وإذا جاز أجارتها برضاها؛ جازت كتابتها برضاها؛ بل هي أجوَز؛ لأنها تتعجَّل بذلك عتقها[7].

[الأمة يطأها سيدها وحكم ولدها منه]

(وإذا أقرَّ الرجل بوطء أمته؛ صارتْ فراشًا له، ولحق به ولدُها، إذا قامت لها[8] بينة على ولادتها)[9].

والأصل في ذلك ما رُوي عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: ما بال رجالٍ يطئون ولائدهم ثم[10] يدعونهنَّ يخرجن! لا تأتيني وليدةٌ يعترف سيدها بوطئها إلَّا ألحقتُ به

---

(1) قوله: (قال ابن الماجشون: ولو زوجها المبتاعُ لعبده... هو أباحها) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 166 و167.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 5 و(العلمية): 1/ 324.

(3) قوله: (لأن الحرمة المانعة من بيعها هي المانعة من إجارتها) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 402.

(4) المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 460.

(5) في (ز): (أجرته).

(6) في (ز): (جائز).

(7) قوله: (لأنَّ الحرَّ لو رضي أن يؤاجر ويأخذ... بذلك عتقها) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 4055.

(8) في (ك): (له)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(9) التفريع (الغرب): 2/ 5 و(العلمية): 1/ 324.

(10) حرف العطف (ثم) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

ولدها[1].

إذا ثبت هذا؛ فمن أقرَّ بوطء أمته ثم أتت بولدٍ فلا يخلو إمَّا أنْ يعترف به أو يُنكره، فإن اعترف به؛ لزمه ولحق به نسبه.

فإن أنكره؛ لم يخل من أربعة أوجه:

إمَّا أن يعترف بالولادة ويدعي الاستبراء.

أو يعترف بالولادة ولا يدعي الاستبراء.

أو ينكر الولادة ويدعي الاستبراء.

أو ينكر الولادة ولا يدعي الاستبراء.

فإن اعترف بالولادة وادَّعى الاستبراء؛ جاز له[2] نفيُه، والقول قوله في الاستبراء بغير يمين، قاله ابن المواز.

وقد قيل: لا يُقبل قوله إلَّا بيمين، فإن نَكَل؛ لحِقَ به الولد، ولم يرد اليمين[3]. [ز: 477/ب]

فإن اعترف بالولادة ولم يدَّع الاستبراء وأتتْ بولدٍ لأقل من ستة أشهر من يوم أصابها[4]، أو أكثر مما لا يتأخَّر إليه الحمل؛ لم يلحق به، ولا يمينَ عليه في ذلك إلَّا أن يختلف في وقتِ الإصابة، فتقول الأمة: إنه لأكثر من ستة أشهر، وأنه لم يجاوز ما يتأخر[5] إليه الحمل؛ فيحلف السيد ويبرأ منه، ولا تكون هي أم ولد[6].

وإن أنكر الولادةَ وادَّعى الاستبراء، فإن لم يكن معها ولدٌ؛ كان القول قوله مع يمينه

---

(1) رواه مالك في موطئه: 4/ 1075، في باب القضاء في أمهات الأولاد، من كتاب الأقضية، برقم (2747). والبيهقي في سننه الكبرى: 7/ 678، برقم (15375) كلاهما عن عمر رضي الله عنه.

(2) كلمة (له) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ز): (الثمن).

(4) في (ز): (أصاب).

(5) عبارة (يجاوز ما يتأخر) يقابلها في (ز): (يجاوزه ليتأخر).

(6) من قوله: (فإن اعترف بالولادة وادَّعى الاستبراء؛ جاز) إلى قوله: (ولا تكون هي أم ولد) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 4036 و4037.

[ك: 152/أ] إذا ادَّعت عليه العلم، وإن كان غائبًا في الوقت الذي تقول: إنها[1] ولدت فيه؛ لم يحلف.

واختُلف إذا شهدت امرأتان بالولادة؛ فقال ابن القاسم: تكون أم ولدٍ له[2]، ومنعه سحنون وربيعة إذا لم يكن معها ولد.

واختُلِفَ إذا كان معها ولد، فقال مالك في "المدونة": يُقبل قولها.

وقال أيضًا: إن أقامت رجلين على إقراره بالوطء وامرأتين بالولادة؛ كانت أم ولدٍ له[3].

وقال ابن المواز: يُقبل قولها إذا صدَّقها جيرانها، أو أحد حضرها.

قال: وليس يحضر لمثل هذا الثقات.

فصدَّقها في القول الأول قياسًا على الحرائر، ولم يصدِّقها في القول الثاني؛ لنقص حرمتهن[4].

فإن أنكر الولادة ولم يدَّعِ الاستبراء؛ فقال مالك: ومن أقرَّ بوطء أمته فجاءت بولدٍ لحِقَ به، إلَّا أن يدعيَ استبراءً فلا يلزمه إذا أتتْ به[5] بعد الاستبراء لأكثر من ستة أشهر.

وإن ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم الاستبراء؛ لزمه[6].

واختُلف هل يقبل قوله في الاستبراء بغير يمين؟ أم لا بدَّ من اليمين؟

قيل لابن المواز: لم سقطت عنه اليمين؟

---

(1) في (ك): (أيضًا).

(2) كلمة (له) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) كلمة (له) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

قوله: (وإن أنكر الولادةَ وادَّعى الاستبراء، فإن لم يكن... أم ولدٍ له) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 4033.

(4) من قوله: (وإن أنكر الولادةَ وادَّعى الاستبراء، فإن لم يكن) إلى قوله: (في القول الثاني؛ لنقص حرمتهن) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 4033 و4034.

(5) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 306.

قال: لأنَّ ذلك كدعواها العتق.

قال بعض أصحابنا، وإنما رأى عبد الملك في هذا اليمين؛ لأنَّ[1] الحرائر يلزمه فيهنَّ اللعان، فجعل اليمين في الإماء[2] عوضًا من اللعان في الحرائر[3].

(وكل ما وضعته الأمة من سيدها[4] من علقةٍ، أو مُضغة، أو ما فوق ذلك؛ فهي به[5] أم ولد)[6].

والأصل في ذلك ما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**أُمُّ الْوَلَدِ حُرَّةٌ وإِنْ كَانَ سَقْطًا**»، خرجه الدارقطني[7].

(وللسيد أن يستمتع بأم ولده حياته، فإذا مات؛ عتقت من رأس ماله)[8].

والأصل في ذلك ما رُوي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنَّ النبي ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد، قال: «**لَا يُبَعْنَ وَلَا يُوهَبْنَ وَلَا يُورَثْنَ، يَسْتَمْتِعُ بِهَا سَيِّدُهَا مَا دَامَ حَيًّا فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ**»[9].

وهذا الذي استقر عليه فِعل الصحابة والتابعين أنهم كانوا يستمتعون [ز: 478/أ] بأمهات أولادهم بالسبب الأول، وهو الملك[10] لا بنكاح يُجدِّدونه بعد الولادة.

---

(1) عبارة (في هذا اليمين؛ لأن) يقابلها في (ك): (فيها اليمين لأنَّ) وفي (ز): (في هذا اليمين قال لأن) وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(2) الجار والمجرور (في الإماء) ساقطان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(3) قوله: (قيل لابن المواز: لم سقطت عنه اليمين... في الحرائر) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 141**.

(4) عبارة (الأمة من سيدها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) كلمة (به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) التفريع (الغرب): **2/ 5** و(العلمية): **1/ 324**.

(7) ضعيف، رواه الطبراني في الكبير: **11/ 239**، برقم **(11609)**.

والدارقطني في سننه: **5/ 230**، برقم **(4231)** كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(8) التفريع (الغرب): **2/ 5** و(العلمية): **1/ 324** و**325**.

(9) تقدم تخريجه في كتاب أمهات الأولاد: **6/99**.

(10) في (ز): (بالملك).

وأما قوله: **(فإذا مات عتقت من رأس ماله)** فلأنَّ سبب الحرية قد حصل لها بالاستيلاد، وإنما بقي للسيد فيها حقُّ الوطء، فإذا مات السيد سقط منها الوطءُ فخرجت حرة[1] من رأس المال؛ لأن الوطء لا يملك عنه ولا يورث **[ك: 152/ب]** بعده.

(وإن كان عليه دَيْنٌ؛ لم تُبَع في دينه)[2].

وإنما قال ذلك؛ لقوله ﷺ: «**أَيُّمَا أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَإِنَّهَا إِذَا مَاتَ حُرَّةٌ**»، خرجه الدارقطني[3].

ولأنَّ عتقها كان مستحقًا عليه في حال الحياة، وإنما منع منه الوطء، فإذا مات السيد لم يبق مانع يمنع منه[4].

(ومن كان عليه دَيْنٌ يحيط بماله، فوطِئ أمةً له، فحملت؛ صارت أم ولد له[5]، ولم تُبَع في دينه)[6].

وهذا إذا وطئ قبل أن يحجر عليه في ماله، فأمَّا إنْ حجر عليه ثم وطئ بعد ذلك؛ فإنها لا تكونُ له أمَّ ولد بذلك[7]، وتباع عليه في دينه بعد الوضع.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنه قَبْل الحجْرِ عليه قائم التصرف في ماله بالبيع والشراء والهبة وغير ذلك.

فإذا وطئ في تلك الحال؛ لم يكن لأحدٍ عليه اعتراضٌ بخلاف ما بعد الحجر فإنه ممنوع من ذلك كله.

والفرق بين الاستيلاد والعتق هو أنَّ الاستيلاد فعل، والفعل إذا وقع لم يرتفع

---

(1) كلمة (حرة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 5 و6 و(العلمية): 1/ 325.

(3) تقدم تخريجه في كتاب أمهات الأولاد: 99/6.

(4) قوله: (ولأن عتقها كان مستحقًا عليه في... يمنع منه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 403.

(5) كلمتا (ولد له) يقابلهما في (ز): (ولده).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 6 و(العلمية): 1/ 325.

(7) كلمة (بذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

بخلاف العتق، فإنه قول والقول ضعيف؛ ألا ترى أن المريض لا يَنفذ عتقه بالقول، ولو وطئ أمةً له فحملت؛ كانت له أم ولد.

[مال أم الولد]

(وإذا أعتقت أمُّ الولد بعد وفاة سيدها[1]؛ تبعها مالها)[2].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَن أعتق عبدًا فمالُهُ له إلَّا أن يستثنيه سيده**»[3]، وهذا نصٌّ.

(ولا بأس أن يوصي الرجلُ لأم ولده)[4].

وإنما قال ذلك؛ لأنها ليستْ بوارثة، والوصية لغير الوارثِ جائزةٌ.

يدل على ذلك قول النبي ﷺ: «**إن الله قد أعطاكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم، فلا وصيَّة لوارث**»[5]، وأم الولد ليست بوارثة؛ فجازت لها الوصية كالأجنبية[6].

---

(1) عبارة (بعد وفاة سيدها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 6 و(العلمية): 1/ 325.

(3) رواه الطبراني في الأوسط: 8/ 311، برقم (8730).

والبيهقي في سننه الكبرى: 5/ 531، برقم (10764) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 6 و(العلمية): 1/ 325.

(5) الحديث ملفق من حديثين:

الأول: رواه الطبراني في الكبير: 4/ 198، برقم (4129) من حديث الحارث بن عبيد السلمي، عن أبيه، أن النبي ﷺ قال: «إِنَّ اللهَ عز وجل أَعْطَاكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ».

والبيهقي في سننه الكبرى: 6/ 441، برقم (12571) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

والثاني: حسن صحيح، رواه أبو داود: 3/ 114، في باب ما جاء في الوصية للوارث، من كتاب الصيد، برقم (2870).

والترمذي: 4/ 433، في باب ما جاء لا وصية لوارث، من أبواب الوصايا، برقم (2120) كلاهما عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه.

(6) في (ز): (كالأجنبي).

(وللرجل أن ينزع مال أم ولده في حياته، ما لم يمرض مرضًا مخوفًا)[1].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ ملكه باقٍ عليها، فكان له انتزاع مالها كالأمة؛ إلَّا أن يمرض مرضًا مخوفًا؛ فلا يمكن مِن[2] الانتزاع؛ لأنَّه حينئذٍ إنما ينتزعه لورثته، ولأنها قد تعلَّق لها به حقٌّ فمنع من انتزاعه، كما منع من إخراج ماله؛ لتعلُّق حق ورثته بماله فكذلك ههنا[3].

[نكاح أم الولد]

(وليس للرجل أن يُجبر أمَّ ولده على النكاح)[4].

[ز: 478/ب] اختُلف في السيد هل له أن يجبر أم ولده على النكاح -وكذلك كل من فيه عقد حرية من تدبير أو كتابة-؟ أم لا؟

فذكر اللخمي في ذلك أربعة أقوال: [ك: 151/أ]

أحدها أن له[5] أن يُجبرهم؛ لأنهم باقونَ على أحكام الرق، ولم تتمحَّض لهم الحرية.

وقيل: ليس له إجبارهم؛ لشُبهة العتق الذي فيهم.

وقيل: له[6] ذلك في كل من له انتزاع مالِه، فعلى هذا لا يجبر المكاتب ولا المكاتبة، ولا أم الولد إذا مرض مرضًا مخوفًا[7]، ولا المعتقة إلى أجلٍ إذا قرب الأجل؛ لأنه إذا[8] لم يملك انتزاع مالهم؛ فأحرى أن لا يعقد عليهم.

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 6 و(العلمية): 1/ 325.

(2) حرف الجر (مِن) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(3) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأن ملكه باقٍ عليها... بماله فكذلك ههنا) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 404.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 6 و(العلمية): 1/ 325.

(5) في (ك): (لهم)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(6) في (ز): (لهم)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(7) كلمتا (مرضًا مخوفًا) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(8) كلمة (إذا) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

وقيل: له إجبار الذكور دون الإناث؛ لأنَّ الذكور بأيديهم الطلاق فيخلصوا أنفسهم إذا صاروا إلى العتق، بخلاف الإناث فإنهنَّ لا يقدِرْن على ذلك[1].

(وقد كره له أن يزوجها برضاها)[2].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ السيد إنما له الاستمتاع بأم ولده دون سائر المنافع من البيع والإجارة، وغير ذلك؛ فلذلك كره له تزويجها وإن رضيَته[3].

(وولد أم الولد من زوجها؛ بمنزلتها، يعتقون بوفاة سيدها.
فإن ماتت هي قبلهم، وقبل وفاة سيدها؛ وقفوا حتى يموت سيد أمهم، ولسيد أمهم أن يؤاجرهم)[4].

اختُلِف في ولد أم الولد من زوجها، فقال مالك: هم بمنزلتها يعتقون بوفاة سيدها، ويخرجون من رأس ماله كخروجها[5].

ومن كتاب ابن سحنون: قال مالك: وكان ربيعة يقول: إنهم أحرارٌ[6]، فرأى مالك أن كل ولد يتبعُ أمَّه، فهي لو كانت رقيقًا كان ولدُها رقيقًا، وإن كانت حرةً كان ولدها حرًّا، فكيف إذا كانت أم ولد؛ كانت أحكامهم أحكام أم الولد.

وحكم أم الولد أن تُعتق بوفاة سيدها، وكذلك ولدها من غير سيدها.

وهم وإن كان الوطء ممنوعًا فيهم؛ فالخدمة ليست بممتنعة، فإن ماتت أمُّهم قبلهم وقبل وفاة سيدها؛ وقفوا حتى يموت سيد أمهم؛ لأنَّ العتق إنما يتمُّ لهم بموت سيد أمهم، وقبل موته لا يتم لهم عتق؛ فلذلك وقفوا.

---

(1) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1809**.
(2) التفريع (الغرب): **2/ 6** و(العلمية): **1/ 325**.
(3) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأن... وإن رضيته) بنصِّه في مخطوط جوتة لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [127/ ب] والنكت والفروق، لعبد الحق: **1/ 210**.
(4) التفريع (الغرب): **2/ 6** و(العلمية): **1/ 325** و**326**.
(5) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 315**.
(6) قوله: (ومن كتاب ابن سحنون:... أحرارٌ) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 165**.

ورأى ربيعة أنَّ أم الولد إنما بقي فيها الوطء وأولادها لا وطء فيهن، ولا يلزمهم خدمة؛ لأنَّ أمهم لا خدمةَ فيها؛ فلا فائدة في بقائهم.

ولسيد أمهم أن يؤاجرهم؛ لأنا لو مَنَعْنا ذلك لم يبقَ له عليهم شيءٌ من أحكام الرِّق، وذلك ينافي الملك[1].

[قتل أم الولد وجراحها وجنايتها]

[ز: 479/أ] (وإذا قُتلت أم الولد؛ فقيمتها لسيدها، وإن[2] جرحت؛ فأرش جراحها لسيدها)[3].

أجمع أهل العلم على أنَّ أم الولد إذا قُتلت فقيمتها لسيدها، وكذلك إذا جرحت. **[ك: 151/ب]**

(وإن جنتْ جنايةً؛ فهي على سيدها، وهو مخيرٌ في افتدائها بقيمتها، أو أرش جنايتها)[4].

اختُلف في أم الولد إذا جنت جنايةَ خطأ، فقال مالك: يجبَر السيد على أن يفتديَها[5] بالأقل من أرش الجناية، أو بقيمتها يوم الحكم؛ زادت قيمتها أو نقصت، وذلك عوض من إسلامها لما لم يكن سبيلٌ إلى إسلامها جعلت قيمتها موضع رقبتها.

وقال المغيرة: عليه الأقلُّ من جنايتها، أو قيمتها يوم جَنَت.

وقال محمد بن عبد الحكم: لا شيء على سيدها، وذلك في ذمتها[6]؛ لأنَّ السيد إنما له فيها متعة كالزوجة.

---

(1) قوله: (ولسيد أمهم أن يؤاجرهم؛ لأنا لو... الملك) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 406.

(2) كلمة (وإن) يقابلها في (ز): (وكذلك إذا).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 6 و(العلمية): 1/ 326.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 6 و(العلمية): 1/ 326.

(5) في (ز): (يفديها).

(6) قوله: (اختُلف في أم الولد إذا جنت جنايةَ... في ذمتها) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 11/ 6326.

واختلف هل تقوم بمالها؟ أم لا؟

فقال مالك وأشهب: تقوَّم[1] بغير مالها.

وقال المغيرة وعبد الملك: لا تقوَّم إلَّا بمالها.

وقال مالك: ولا يقوَّم ولدها معها، وإن[2] ولدته بعد الجناية؛ إذ لا تسلم أمة بولدها؛ إذ يوم الحكم يستحقها المجني عليه، وقد زايلها الولد[3].

(وكل جناية تجنيها؛ فهذا حكمها)[4].

يريد أنَّ على سيدها أن يفديَها بالأقل من قيمتها، أو أرش جنايتها؛ لأنَّ الجنايات في الحكم سواء.

(وإذا جُني عليها جناية لها أرشٌ[5]، فلم يقبض السيد أرشها حتى مات؛ فأرشُ جنايتها لورثة سيدها.

وقد قيل: إن ذلك يتبعها بمنزلة مالها)[6].

واختُلف في أم الولد يجنى عليها ولم يقبض السيد أرشَهَا حتى مات فروى ابن القاسم عن مالك أن ذلك لورثة سيدها[7]، ثم رجع فقال: أرى ذلك لها، وليست أم الولد[8] كغيرها.

وأخذ ابن القاسم بالقول الذي رجع إليه مالك.

---

(1) كلمة (تقوم) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) كلمة (وإن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) قوله: (فقال مالك وأشهب: تقوَّم بغير مالها... زايلها الولد) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 469.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 6 و(العلمية): 1/ 326.

(5) كلمتا (لها أرشٌ) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 6 و(العلمية): 1/ 326.

(7) المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 26.

(8) في (ك): (ولد).

[عدة أم الولد]

(وعدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة، فإن كانت ممن لا تحيض؛ فثلاثة أشهر، وإن كانت مرتابةً أو مستحاضةً؛ فتسعة أشهر، وإن كانت حاملًا؛ فوضْعُ حملها)(1).

أما قوله: **(وعدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة)** فلأنها في الحقيقة استبراءٌ لا عدَّة؛ لأنها عن وطءِ ملك اليمين(2)، وإذا كانت في الحقيقة استبراء؛ أجزأت فيها الحيضة الواحدة.

وأما قوله: **(وإن كانت ممن لا تحيض؛ فثلاثة أشهر)** لأنَّ الله تعالى جعل الثلاثة أشهر عدة لمن دخل بها [ز: 479/ب] من آيسة أو صغيرة.

يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ الآية [الطلاق: 4]، ولأنها أقل ما يعلم به براءة الرحم؛ فلذلك جعلت بدل الأقراء(3).

ولو جعلت الأمة على النصف من الحرة في ذلك لم يعلم براءة رحمها؛ لأنها أقل مدة يعلم بها براءة الرحم. [ك: 150/أ]

قال عبد الوهاب: وإنما سوَّينا بين الحرة والأمة؛ لأنَّ ما طريقه العلم ببراءة الرحم تستوي فيه الحرة والأمة كوضع الحمل(4).

وأما قوله: **(وإن كانت مرتابة أو مُستحاضَة؛ فتسعة أشهر)** فلأنَّ ذلك أقصى مدة الحمل في الغالب، فإذا جلست أقصى مدته(5) ولم يظهر بها حمل؛ علم براءة رحمها بمضيِّ ذلك، وكذلك المستحاضة.

وأما قوله: **(وإن كانت حاملًا فوضع حملها)**؛ فلقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 6 و7 و(العلمية): 1/ 327.

(2) قوله: (فلأنها في الحقيقة استبراءٌ... ملك اليمين) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 629 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 42.

(3) قوله: (يدل على ذلك قوله تعالى:... بدل الأقراء) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 624.

(4) الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 798.

(5) كلمة (مدته) يقابلها في (ك): (مدة الحمل).

أن ﴿يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ الآية [الطلاق: 4][1]، ولا فرق في ذلك بين الحرائر والإماء، ولأنَّ به يعلم براءة الرحم بيقين[2]، فوجب أن تكون عدتها بالوضع.

(وعدتها من طلاق زوجها؛ حيضتان)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّه ثبت أن أحكامها في حياة سيدها حكم الأرقاء؛ فوجب أن تكون عدتها عدة الأرقاء.

وعدة الأمة على النصف من عدة الحرة؛ فوجب أن تكون أم الولد كذلك.

(وعدتها من وفاة زوجها[4]؛ شهران وخمس ليالٍ)[5].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّه قد ثبت أنها على النصف من الحرة، فلما كانت عدة الحرة أربعة أشهر وعشرًا من وفاة زوجها؛ كانت عدة أم الولد من وفاة زوجها شهران وخمس ليالٍ[6].

[حكم أم الولد في حياة سيدها]

(وحكمها في حياة سيدها حكم العبيد، لا ترِث ولا تورث بالنسب ولا بالسبب، ولا تُقبل شهادتها، ولا يُحد قاذفها، وحدودها حدود عبد)[7].

وإنما قال ذلك؛ لأن الرِّق باقٍ عليها ولم تتمحَّض لها الحرية؛ فكان حكمها حكم الإماء[8].

---

(1) الآية الكريمة (﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 4]) يقابلها في (ز): (﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]).

(2) قوله: (فلقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ﴾... بيقين) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 622.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 7 و(العلمية): 1/ 327.

(4) كلمتا (وفاة زوجها) يقابلهما في (ك): (وفاته).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 7 و(العلمية): 1/ 327.

(6) قوله: (كانت عدة أم الولد من وفاة زوجها شهران وخمس ليالٍ) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 629.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 7 و(العلمية): 1/ 327.

(8) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأن الرق باقٍ... حكم الإماء) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 401.

كتابُ التدبير

(والتدبير أن يقول الرجلُ لعبده أو أمته[1]: أنت مدبَّر في حياتي، وحرٌّ بعد وفاتي)[2].

والتدبير لازمٌ لا يجوز الرجوع فيه، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ الآية [المائدة: 1]، وهذا عقدٌ فيجب الوفاء به.

ورُوي عن النبي ﷺ أنَّه قال: «**الْمُدَبَّرُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ**»[3] خرَّجه الدارقطني[4].

ولأنَّ عتقه متعلقٌ بموت[5] سيده، فلم يجز له الرجوع فيه كأم الولد[6].

إذا ثبت هذا؛ فصفته أن يقول الإنسان لعبده أو لأمته: [ز: 480/أ] (أنت مدبر في حياتي وحر بعد مماتي)[7]، أو (أنت حر عن دبرٍ مني) أو (أنت مدبر)[8]، أو (إذا متُّ فأنت حر بالتدبير) أو ما أشبه ذلك مما يعلم أنه أراد به التدبير، ولم يرد به الوصية[9].

وأما لو قال: (إذا مت من هذا المرض) أو (من هذا السفر فأعتقوا غلامي) أو [ك: 150/ب] (فغلامي حر) أو ما أشبه ذلك مما يريد به الوصية؛ فإن ذلك وصية ويجوز له الرجوع فيها في حال الحياة بخلاف التدبير، فإنه أمرٌ لازم لا يجوز له الرجوع فيه.

---

(1) كلمتا (أو أمته) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 9 و(العلمية): 1/ 328.

(3) قوله: (والتدبير لازمٌ لا يجوز الرجوع... من الثلث) بنصِّه في المقدمات الممهدات، لابن رشد: 3/ 187.

(4) رواه الدارقطني في سننه: 5/ 244، برقم (4264).

والبيهقي في سننه الكبرى: 10/ 529، برقم (21572) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(5) في (ك): (بوفاة).

(6) قوله: (ولأن عتقه متعلقٌ بموت... كأم الولد) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 395.

(7) عبارة (وحر بعد مماتي) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) عبارة (أو أنت مدبر) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(9) قوله: (إذا ثبت هذا؛ فصفته: أن يقول... به الوصية) بنحوه في المقدمات الممهدات، لابن رشد: 3/ 187.

(فإن قال له[1]: أنتَ حر بعد موتي[2]، وأراد بذلك التدبير؛ كان مدبَّرًا، وإن أراد به الوصية؛ كان وصية، وإن لم تكن له نية؛ كان[3] وصية)[4].

اعلم أنَّ القائل لعبده أو أمته: (أنت حر بعد وفاتي) لا يخلو من ثلاثة أوجه إمَّا أن يريد به التدبير.

وإمَّا أن يريد به الوصية[5]

وإمَّا أن لا[6] يريد به شيئًا من ذلك.

فإن أراد التدبير؛ كان مدبَّرًا[7]، وإن أراد به الوصية؛ كان وصية، وهو مصدَّق فيما يقول: إنه أراده[8] بغير يمين.

وإن لم يرد به شيئًا من ذلك ولا نواه؛ كان وصية حتى يتبين أنه أراد التدبير.

قال سحنون: قلت لابن القاسم فيمن قال لعبده: أنت حرٌّ بعد موتي، وأراد بيعه.

قال: يُسأل فإن أراد به الوصية؛ صُدِّق، وإن أراد التدبير؛ صدِّق[9] ومُنع من بيعه، والقول قوله في الوجهين.

قال ابن القاسم: وهي وصية أبدًا حتى يتبيَّن أنه أراد التدبير.

وقال أشهب: إن قال له: أنت حر بعد موتي من غير إحداث سفر، أو لما جاء أنه لا ينبغي لأحدٍ أن يبيت ليلتين إلَّا ووصيته عنده مكتوبة[10]؛ ....

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) في (ز): (وفاتي).

(3) في (ك): (فهو).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 9 و(العلمية): 1/ 328 و329.

(5) عبارة (وإمَّا أن يريد به الوصية) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) حرف النفي (لا) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(7) في (ز): (تدبيرًا).

(8) في (ز): (أراد).

(9) جملة (وإن أراد التدبير؛ صدِّق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(10) يشير للحديث المتفق على صحته الذي رواه البخاري: 4/ 2، في باب الوصايا وقول النبي ﷺ: «وصية الرجل مكتوبة عنده»، من كتاب الوصايا، برقم (2738).

=

فهو تدبير[1] إذا قال ذلك في صحته[2].

[بيع المدبر وهبته وإجارته]

(ولا يجوز بيع المدبَّر، ولا هبته)[3].

والأصل في ذلك ما خرجه الدارقطني عن ابن عمر رضي الله عنهما أنَّ النبي ﷺ قال: «**لَا يُبَاعُ الْمُدَبَّرُ وَلَا يُوهَبُ وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ**»[4].

قال سحنون: وقد تأكد منع بيع المدبَّر عند السلف من الصحابة والتابعين[5].

ولأنَّ عتقه متعلق[6] بموت سيده، فلا يجوز بيعُه كأم الولد[7].

وقد قضى عمر رضي الله عنه بإبطال بيعه في ملأ خير القرون، ولم ينكِر عليه أحدٌ؛ فهو كالإجماع[8].

(ولا بأس بإجارته)[9].

اعلم أنه يجوز إجارة المدبَّر، وهو في ذلك بخلاف أم الولد؛ لأنَّ أم الولد ليس فيها

=

ومسلم: 3/ 1249، في كتاب الوصية، برقم (1627) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»، وهذا لفظ البخاري.

(1) في (ز): (مدبَّر).

(2) من قوله: (قال سحنون: قلت لابن القاسم فيمن قال لعبده: أنت) إلى قوله: (إذا قال ذلك في صحته) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 263.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 9 و(العلمية): 1/ 329.

(4) موضوع، ذكره الدارقطني في سننه: 5/ 244، برقم (4264).
والبيهقي في سننه الكبرى: 10/ 529، برقم (21572).

(5) قول سحنون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 6.

(6) في (ز): (يتعلق).

(7) قوله: (ولأن عتقه متعلق بموت... كأم الولد) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 395.

(8) قوله: (وقد قضى عمر بإبطال بيعه في ملأ... فهو كالإجماع) بنصِّه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): 4/ 86.

(9) التفريع (الغرب): 2/ 9 و(العلمية): 1/ 329.

إلَّا الوطء[1]، والوطء لا يؤجر بخلاف المدبر، فإن خدمته باقية على ملك سيده؛ فلذلك كان له أن يؤآجره، ولأنَّ حكم أم الولد أقوى من حكم المدبَّر؛ لأنَّ أم الولد تخرج [ز: 480/ب] من رأس المال، والمدبَّر يخرج من الثلث فكان أضعف رتبةً من أم الولد.

(وولده من أمته بمنزلته، وولد المدبَّرة من زوجها بمنزلتها)[2].

وإنما يكون ولد المدبَّر من أمته بمنزلته إذا حملت به[3] بعد التدبير.

فأمَّا إذا حملت به قبل التدبير؛ فإنه يكون رقًّا لسيده، فإذا وضعته[4] لستة أشهر من يوم التدبير؛ [ك: 149/أ] كان مدبرًا مع أبيه، وإن ولدته لأقل من ستة أشهر؛ كان رقًّا لسيده، ولم يكن مدبَّرًا مع أبيه[5].

قال ابن حبيب: فإن أحدث السيد دينًا؛ فلا يباع الولد وهو صغير، ويوقف إلى حدِّ التفرقة فيباع.

وكذلك لو كان الصغير هو المدبَّر دونها[6].

وأما ولد[7] المدبرة فهو بمنزلتها؛ حملت به قبل التدبير أو بعده[8] إذا وضعته بعد التدبير.

والفرقُ بين ذلك -أعني: بين[9] ولد المدبَّرة، وولد المدبَّر من أمته[10]- هو: أن أمة المدبَّر ليس فيها عقد تدبير، وإنما عقد التدبير في سيدها بخلاف المدبَّرة، فإذا

---

(1) قوله: (لأن أم الولد ليس فيها إلَّا الوطء) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 1004.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 9 و(العلمية): 1/ 329.

(3) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) في (ز): (وضعت).

(5) قوله: (وإنما يكون ولد المدبَّر من أمته بمنزلته إذا حملت... مع أبيه) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 19.

(6) قول ابن حبيب بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 37.

(7) كلمة (ولد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) عبارة (قبل التدبير أو بعده) يقابلها في (ك): (بعد التدبير أو قبله) بتقديم وتأخير.

(9) عبارة (ذلك - أعني: بين) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(10) الجار والمجرور (من أمته) ساقطان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

صادف الولد التدبير وهو في بطنها فقد شمله من الحكم ما شمل أمه؛ إذ هو جزءٌ منها لم ينفصل عنها إلى الآن؛ فسواء كانت حاملًا به قبل التدبير أو بعده[1].

[وطء السيد لمدبرته]

(ولا بأس على السيد في وطء مدبرته)[2].

اعلم أنَّه يجوز للسيد أن يطأ مدبرته، وكذلك الموصى بعتقها، ولا يجوز له وطء المكاتبة والمعتقة إلى أجل، والمعتق بعضها، والمخدمة، والأمة إذا كان له فيها شِرك[3].

وإنما جاز له وطء المدبرة، والموصَى بعتقها؛ لأنهما لا يعتقان إلَّا بالموت، فالوطء فيهما والاستيلاد لا يزيدهما إلَّا خيرًا، وإنما منع من وطء المكاتبة؛ لأنها تستعجل[4] العتق بالأداء ففي كونها أم ولد تأخيرٌ لعتقها.

وأيضًا فإنها قد[5] تحمل؛ فيكون الحمل مانعًا لها من السعي والتكسب الذي تعتق به؛ فلذلك مُنع منه.

وإنما مُنع من وطء المعتقَة إلى أجل؛ لأنها قد تحمل فتنعاق من جهة الحمل، وقد ينقضي الأجل فتريد أن تبين بنفسها فيمنعها سيدها من ذلك؛ لأجل ولده، ولأنه يصير وطؤها شبيهًا بنكاح المتعة[6]؛ إذ هو وطءٌ مؤقت[7].

وإنما مُنع من وطء المعتق بعضها من جهة أنه لم يتمحض له ملكها، ومن شرط

---

(1) قوله: (وأما ولد المدبرة فهو بمنزلتها... أو بعده) بنحوه في التوضيح، لخليل (بعنايتنا): 8/ 411 و412.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 9 و(العلمية): 1/ 329.

(3) في (ز): (شريك).

(4) في (ك): (تستحق).

(5) كلمتا (فإنها قد) يقابلهما في (ك): (فقد).

(6) في (ك): (المعتقة)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(7) في (ز): (موقوف).

إباحة الوطء بالملك ألَّا يكون لأحدٍ فيها حقٌّ؛ إذ وطؤه يقع فيما يملك، وفيما لا [ز: 481/أ] يملك، وذلك محرم.

وكذلك الأمة بين الشريكين[1].

وإنما منع من وطء المخدمة؛ فلأنَّ منافعها قد تعلَّق بها حق الغير، فإذا وطئها سيدها فقد تنعاق[2] عن خدمة المخدم؛ إذ ليس خدمة الحامل كخدمة من ليس بها[3] حمل.

وقيل: إنما منع من وطءِ المخدمة؛ لأنها قد تحمل فتبطل الخدمة، إلَّا أنهم أجازوا وطء المستأجرة، فلو كانت العلة هذه؛ [ك: 149/ب] لكان -أيضًا- يمنع مِن[4] وطء المستأجرة؛ لأنها قد تحمل فتبطل الإجارة.

وإنما جوز وطء المستأجرة؛ من أجل أنه ليس فيها عقد عتق، ووطؤها قبل الإجارة كان جائزًا[5]، فلا يمنع بالإجارة؛ لخوف الحمل الذي قد يكون، وقد لا يكون[6].

(وله أن يجبرها على النكاح، وأن ينتزع مالها ما لم يمرض مرضًا مخوفًا)[7].

أما قوله: **(وله أن يُجبرها على النكاح)** فلأنها باقيةٌ على أحكام الرِّق ولم تتمحض لها[8] الحرية؛ فلذلك جاز له إجبارها.

وأما قوله: **(وله أن ينتزع مالها ما لم يمرض مرضًا مخوفًا)** فلأنَّ حكمها في حياة سيدها أحكام العبيد إلَّا فيما يقتضي نقض التدبير، وليس في انتزاع مالها ما يقتضي

---

(1) في (ز): (المشتركين).

(2) في (ز): (تتعلق).

(3) في (ز): (فيها).

(4) عبارة (أيضًا يمنع من) يقابلها في (ك): (يمنع أيضًا).

(5) كلمتا (كان جائزًا) يقابلهما في (ز): (جائز).

(6) من قوله: (وإنما جاز له وطء المدبرة، والموصَى بعتقها؛ لأنهما لا) إلى قوله: (الحمل الذي قد يكون، وقد لا يكون) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 21 و22.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 9 و(العلمية): 1/ 329.

(8) كلمة (لها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

نقض[1] التدبير، فله انتزاع مالها حالة يمرض مرضًا مخوفًا، فإذا مرض؛ لم يكن له انتزاع؛ لأنَّه إنما ينتزعه لورثته[2].

(والمدبَّر معتق من ثلث سيده، فإن لم يكن له مال غيره؛ عتق ثلثه، ورق ثلثاه لورثته[3].

وإن كان على سيده من الدَّين ما يغترقه بعد موته؛ بِيع في دينه، وبطل تدبيره)[4].

اعلم أنَّ المدبَّر معتقٌ من ثلث سيده، فإن لم يكن له مالٌ غيره عتق ثلثه[5]، والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**الْمُدَبَّرُ لا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ**»، ولأنَّه عتق بعد الموت، وكذلك كل[6] عتق بعد الموت فإنه يخرج من الثلث كالموصى بعتقه، خلا أم الولد؛ فإنها تخرج من رأس المال؛ لقوةِ حريتها.

قال مالك: وإنما ينظر إلى قيمة المدبَّر يوم النظر في أمرِه لا يومَ يموتُ[7] سيده، حتى أنه لو مات السيدُ وترك مالًا، فلم ينظر حتى تلف مالُ سيده، ولم يبق له[8] إلَّا المدبر لم يعتق إلَّا ثلثه[9].

قال اللخمي: ولو كان الثلث يوم مات السيد لا يحمله، فلم ينظر فيه حتى صار الثلث يحمله؛ لَعَتقَ جميعه فينتفع بالزيادة، ويتضرر بالنقص.

وكذلك إذا تغيَّرت قيمته وكان الثلث يحمله، فلم ينظر في ذلك حتى زادت قيمته

---

(1) كلمة (وليس في انتزاع مالها ما يقتضي نقض) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) قوله: (فلأن حكمها في حياة سيدها أحكام العبيد... ينتزعه لورثته) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 398.

(3) في (ز): (للورثة).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 9 و(العلمية): 1/ 329.

(5) جملة (فإن لم يكن له مالٌ غيره عتق ثلثه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) كلمتا (وكذلك كل) يقابلهما في (ك): (وكل).

(7) في (ك): (موت).

(8) كلمة (له) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(9) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 264.

بحوالة سوقٍ أو زيادة بدنٍ؛ لم يعتق منه إلَّا ما حمل[1] الثلث.

فإن كان لا يحمله الثلث فنقص [ز: 481/ب] سوقه، أو نزل به عيبٌ في بدنه فصار يحمله الثلث؛ لعتق جميعه[2].

قال ابن المواز: ولو كانت أموال السيد مأمونة؛ لكان المدبَّر حرًّا بنفس الموت قبل أن ينظر في أمره، وقبل التقويم، فإن هلكَ المال المأمونُ بعد ذلك؛ نفذ عتقه وتمَّ[3].

وكذلك لو كان مالًا غير مأمون وحازه الورثة لأنفسهم، [ك: 148/أ] وتصرفوا فيه والثلث يحملُ المدبَّر[4]، ثم هلكَ المال بعد ذلك؛ كان مصيبته منهم وعتق جميع المدبر بخلاف ما لو كان موقوفًا، فإن كان على سيده مِن الدَّين ما[5] يغترقه بعد موته؛ بِيعَ في دينه وبطل تدبيره؛ لأنَّ المدبَّر إنما يخرج من ثلث مال سيده.

فإذا كان على السيد دَينٌ يغترق جميع ماله؛ لم يبق للسيد ثلث، وإن كان الدين يغترق[6] بعضَه؛ بِيع منه بمقدار ما على سيده من الدَّين وعتق منه ثلث ما بقي.

واختُلف إذا بيع بعد موت سيده وبيده مالٌ هل يباع بماله[7]؟ أم لا؟

فقال ابن القاسم: يُباع بماله.

وقال يحيى بن عمر: يباع بغير ماله[8].

(والمدبَّر في حياة سيده بمنزلة العبد القِن في جراحه، وحدوده وقذفه وجميع أحكامه غير أنه لا يجوزُ بيعه)[9].

---

(1) في (ز): (حمله).

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3921.

(3) قوله: (ولو كانت أموال السيد... وتمَّ) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 35.

(4) كلمتا (يحمل المدبَّر) يقابلهما في (ز): (يحملُه).

(5) عبارة (من الدين ما) يقابلها في (ك): (الدين).

(6) جملة (جميع ماله؛ لم يبق ... يغترق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) في (ز): (ماله).

(8) قوله: (واختُلف إذا بيع بعد موت... ماله) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3918.

(9) التفريع (الغرب): 2/ 10 و(العلمية): 1/ 329.

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الحرية لم[1] تتمحَّض له؛ إذ لا[2] عتق إلَّا بعد موت سيده، ومن ثلثه، وقد يطرأ على سيده دَينٌ يباع فيه فيزول التدبير ويكون رقًّا.

ولأنَّ أم الولد أكمل حالًا منه؛ إذ لا يردُّها دَين ويخرج من رأس المال، ومع ذلك أحكامها أحكام العبيد، فالمدبَّر بأن تكون أحكامه[3] أحكام الرِّق أوْلَى[4].

[بيع المدبر]

(ومن باع مدبَّره؛ فسخ بيعه، فإن أعتقه مُبتاعه قبل فسخ بيعه؛ ففيها روايتان:

إحداهما أنَّ عتقه نافذٌ غير مردود.

والرواية الأخرى أنَّ عتقه[5] باطلٌ مردود.

فإن فات عند مبتاعه؛ فقد فات ردُّه.

ويُستحب للبائع أن يجعل الفضل من ثمنه عن قيمته في مدبَّر مثله.

ويتخرج فيها[6] وجهٌ آخر، وهو أن يفسخ بيعه، ويرد الثمن على مبتاعه، وأن يكون موته كعتقه، ولا يضمن مبتاعه قيمته؛ اعتبارًا بأم الولد)[7].

قد تقدَّم الكلام على منع بيع المدبر[8].

قال سحنون: ولقد تأكد منع بيع المدبر عند السلف من الصحابة والتابعين[9].

فإن بِيع المدبر؛ فُسِخَ بيعه، ورُدَّ إلى سيده إذا كان قائمًا قولًا واحدًا.

---

(1) في (ز): (لا).

(2) كلمتا (إذ لا) يقابلهما في (ز): (إلَّا).

(3) جملة (أحكامها أحكام العبيد، فالمدبَّر بأن تكون أحكامه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) كلمة (أوْلَى) يقابلها في (ك): (أم لا).

(5) كلمتا (أن عتقه) يقابلهما في (ز): (أنه).

(6) في (ك): (فيه).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 10 و(العلمية): 1/ 329.

(8) انظر النص المحقق: 115/6.

(9) قول سحنون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 6.

واختلف إذا فات بعتقٍ، أو كانت أمة فحملت، أو مات[1] عند المبتاع، أو حدث به عيبٌ؛ فقال مالك مرةً: إنَّ البيع لا ينعقِد، وما حدث به من موتٍ أو عيب؛ فهو من البائع [ز: 482/أ] ويرد البيعَ.

وكذلك إن ولدت من المشتري؛ فإنها تُرد إلى البائع، ويرجع المشتري بجميع الثمن.

وقال مرةً: إنه [ك: 148/ب] في ضمان المشتري، وإنَّ البيع منعقد حتى ينقضي، فإن حدث به عيب؛ ردَّه وما نَقصَه العَيب.

وإن مات[2] كان من المشتري، فإن أعتقه؛ مضى عتقه، وكذلك استيلاده والولاء للمشتري.

قال مالك في كتاب ابن المواز: ولا حجَّة للمشتري على البائع؛ علم المشتري أنه مدبَّر، أو لم يعلم.

قال: ولقد أجاز ناسٌ بيع المدبَّر في حياة سيده من أهل مكة وغيرهم.

واختُلف بعد القول إنه إذا فات يكون من المشتري ما يصنع البائع بالثمن؟

فقال مالك في "المدوَّنة": إن فات بموتٍ؛ كان له من الثمن ما يرى أنه كان يباع به على رجاءِ العتق وخوف الرِّق[3].

يريد برجاء العتق: إن حمله الثلث، وخوف الرِّق: إن كان عليه دين[4].

قال ابن القاسم: فإن لم يبلغ أعان به في رقبة[5].

وقال سحنون: بل يرجع المشتري عليه بذلك.

---

(1) في (ك): (ماتت).

(2) في (ك): (فات)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 267.

(4) من قوله: (فإن بيع المدبر؛ فسخ بيعه، ورد إلى سيده) إلى قوله: (وخوف الرِّق: إن كان عليه دين) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 6/ 3930 وما بعدها.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 267.

يريد: إذا لم يعلم المشتري أنه مدبَّرٌ؛ لأنَّ ذلك عيبٌ، وأمَّا إذا علم أنه مدبَّر؛ فلا يرجع بشيءٍ، وقاله بعض فقهائنا.

وقال أشهب: يجعل الثمن كله في رقبته[1].

قال اللخمي: وقيل: جميع الثمن سائغ لبائعه يصنع به ما شاء؛ لانفساخ التدبير بالموت[2].

وأما إن فات بعتق، فحكى ابن المواز عن مالك وابن القاسم وأشهب أنَّ المشتري لا يرجع على البائع بشيءٍ؛ علم أنه مدبرٌ حين[3] اشتراه أو لم يعلم[4].

قال اللخمي: وقال ابن وهب وابن كنانة: يجعل الثمن كله في مثله.

وكل هذا الاضطراب مراعاةً للخلاف في جواز بيعه ابتداء، والصوابُ أحد أمرين:

إما أن يقال: إن الولاء قد ثبت للبائع، وأن البيع مفسوخٌ، فيجري على مثل الحكم في أم الولد إذا بِيعَت.

أو يقال: إنَّ الولاء لم يثبت فيمضي[5] في جميع هذه الوجوه بالثمن، ثم يكون للبائع أن يصنع به ما شاء[6].

قال ابن القاسم: فإن عمي خبره، ولم يعلم أمات أو عتق[7]؛ فليجعل الثمن كله في مدبَّر.

قال أصبغ: هذا استحسانٌ، والقياسُ عندي إذا استقصى أمره فأيس منه؛ أن ينزل منزلة الموت؛ كما تعتدُّ امرأةُ المفقودِ للموت دون الحياة.

---

(1) قوله: (وقال سحنون: بل يرجع المشتري عليه... كله في رقبته) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 29.

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3932.

(3) كلمة (حين) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) قول ابن المواز بنصِّه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): 4/ 92 و93.

(5) في (ك): (فيضمن)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(6) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3932 و3933.

(7) في (ز): (أعتق).

وقال ابن المواز: وهذا غلطٌ، وقد طلب عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ردَّ المدبرة التي باعتها عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا فلم يجدها، فأخذ الثمن فجعله في مدبرة[1].

فإن قيل: لِمَ إذا بِيع المدبر فمات بيد المبتاع يجعل البائع الفضل [ز: 482/ب] من ثمنه في عبدٍ يُدبره، وإذا عمي خبره يجعل الثمن كله في مدبر؟

فالجواب هو أنَّ الذي مات قد عَلِمنا أنه ممَّن لا يدركه العتق؛ لانفساخ تدبيره بموته قبل سيده [ك: 147/أ]، وإنما رأى أن يجعل فضلة الثمن في مدبَّر؛ لأنَّ ذلك كعضوٍ بَقِيَ منه، والذي عمي[2] خبره لم يعلم فسخ تدبيره؛ إذ لعله حيٌّ، فلم يكن بدٌّ أن يجعل ثمنه كله في مدبَّر؛ كالهدي إذا بيع وعمي خبره.

والفرق بين المدبَّر يبيعه فيموت فيجعل فضلة الثمن في مدبَّر، وبين[3] المكاتب يبيعه فيموت فيسوغ له جميع الثمن هو أنَّ المكاتبَ له تعجيزُ نفسِهِ إذا لم يكن له مالٌ ظاهر، فرضاه بالبيع رضًا منه بالتعجيز، والمدبَّر ليس له فسخُ تدبيره، فافترقا[4].

فإذا لم ينقض البيع حتى مات السيدُ، فإن كان الثلث يحمله؛ نقض البيع، وعتق على الميت، وإن كان عليه دين برقبة[5] مضى البيعُ فيه، وإن لم يكن له مال سواه؛ عتق ثلثه ورق ثلثاه للمشتري ومضى البيع فيه[6].

قال ابن المواز: وللمشتري إن شاء أن يرد[7] بعيب الحريَّة، إلَّا أن يكون عالمًا

---

(1) قوله: (قال ابن القاسم: فإن عمي خبره،... في مدبرة) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 7 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 29 و30.

(2) كلمة (عمي) يقابلها في (ك): (لم يعلم).

(3) في (ز): (وفي)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) من قوله: (فإن قيل: لـِمَ إذا بيع المدبر فمات) إلى قوله: (والمدبَّر ليس له فسخُ تدبيره، فافترقا) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 30.

(5) ما يقابل كلمة (برقبة) غير قطعيِّ القراءة في (ز) و(ك)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(6) جملة (عتق ثلثه ورق ثلثاه للمشتري ومضى البيع فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(7) عبارة (إن شاء أن يرد) يقابلها في (ك): (أن يرد إن شاء) بتقديم وتأخير.

بالتدبير، فيلزمه [شراء][1] ما رُقَّ منه بحسابه من الثمن[2].

[جناية المدبر]

(وإذا قُتل المدبَّر؛ فقيمته لسيده، فإن مات؛ ورثه بالرق، وإن جرح؛ فأرش جراحه لسيده)[3].

اعلم أنَّ المدبَّر إذا قُتل فقيمته لسيده؛ إذ هي[4] له بالرق؛ لأنَّ العتقَ لا يلحقه إلَّا بعد موت سيده، فإذا مات قبل موت سيده مات رقًا، وإذا أخذ القيمة سيده؛ كان له أن يصنع بها ما شاء، ولا يلزمه أن يجعلها في مدبَّرٍ آخر؛ لأنَّ السيد لا صُنع له في قتله بخلاف البيع.

وكذلك إن مات قبل سيده ورثه بالرق؛ لأنَّ الحريةَ لا تلحقه إلَّا بعد موت سيده، فإن جُرح؛ فأرشُ جراحه لسيده وليس كماله، وإذا أخذ ذلك السيد فهو له يصنع به ما شاء، ولا يلزمه أن يجعله في مدبَّر[5]؛ لأنَّ السيِّد لا صُنع له في جرحه كالقتل[6].

(ولو جنى؛ فجنايته في خدمته دون رقبته، والسيد بالخيار[7] في افتكاكه بأرش جنايته، وفي إسلام خدمته إلى المجني عليه، فيخدمه ويُقاصُّه[8] بأجرة خدمته من أرش جنايته.

فإن استوفى ذلك والسيد حيٌّ؛ رجع إليه، وكان مدبَّرًا على حاله.

فإن مات السيدُ قبل ذلك وله مالٌ يخرج من ثلثه؛ [ز: 483/أ] عتق، وكان ما بقي من

---

(1) كلمة (شراء) زائدة من تبصرة اللخمي.

(2) قوله: (فإذا لم ينقض البيع حتى مات السيدُ... من الثمن) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3933.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 10 و(العلمية): 1/ 330.

(4) كلمتا (إذ هي) يقابلهما في (ك): (وهي).

(5) في (ك): (المدبَّر).

(6) قوله: (المدبَّر إذا قُتل فقيمته لسيده؛ إذ هي... جرحه كالقتل) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 399.

(7) في (ز): (مخيَّر).

(8) كلمتا (فيخدمه ويُقاصُّه) يقابلهما في (ك): (ليخدمه ويحاصه).

أرش جنايته دينًا في ذمته.

وقد قيل: لا شيءَ عليه من أرش جنايته.

وإن لم يكن للسيد مالٌ غيره؛ عتق ثلثه، ورقَّ ثلثاه لورثته، وكان عليه ثلث ما بقي من أرش جنايته دينًا في ذمته، وكان[1] ثلثا ما بقي معلقًا برقبته، والورثة بالخيار في إسلام ثلثيه، وفي افتكاكه بثلثي ما بقي من أرش جنايته)[2].

[ك: **146**/ب] اعلم أن جناية المدبَّر في خدمته دون رقبته؛ إذ هي التي يملك منه السيد ولا ملك له في[3] الرقبة؛ بدليل أن بيعه غير جائز، وإذا كان لا مِلْك[4] له في الرقبة فإسلامه غير جائز، فلم يبق إلَّا إسلام خدمته، وسيده بالخيار بين أن يفتكَّه بأرش جنايته وبين أن يسلم خدمته إلى المجني عليه؛ ليخدمه ويقاصه بأجرةِ خدمته من أرش جنايته.

فإن استوفى ذلك والسيدُ حيٌّ رجع إليه، وكان[5] مدبرًا على حاله؛ لأنَّ السيد يملك باقي خدمته مدةَ حياته.

وإن مات السيد قبل وفائها وله مالٌ يخرج من ثلثه ولا دَينَ عليه؛ عتق، وكان ما بقي من أرش جنايته دينًا في ذمته؛ لأنَّ الجناية لا يَبطُل أرشها، ولما كانت جناية الحر متعلقة بذمته، فكذلك المدبر بعد حريته.

وقد رُوي عن مالك ﵁ أن ما بقي من أرش الجناية يَبطُل؛ لأنَّ الأرش كان متعلقًا بالخدمة، فلمَّا بطلت خدمته بحريته؛ بطل الحق المتعلق بها، كما إذا مات.

فإن لم يكن للسيد مالٌ غيره؛ عتق ثلثه ورقَّ ثلثاه للورثة، ولزم المدبَّر ثلث ما بقي من أرش الجناية في ذمته على[6] أظهر الروايتين وخُيِّر الورثة في افتكاك الثلثين بثلثي

---

(1) جملة (ثلثاه لورثته، وكان عليه ثلث... ذمته، وكان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 10 و11 و(العلمية): 1/ 330.

(3) عبارة (ملك له في) يقابلها في (ز): (يملك).

(4) في (ز): (تملك).

(5) كلمة (وكان) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) في (ك): (في)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

أرش الجناية، أو إسلام ذلك من رقبته إلى المجني عليه؛ لأنه قد صار رقًّا وبطل التدبير فيما زاد على ثلثه، فإن أسلموه؛ كان ملكًا للمجنيِّ عليه؛ لأنَّ المانع من إسلامه إنما كان للتدبير، فإذا بطل التدبير لضيقِ المال عليه[1]؛ وجبَ تعلُّق ما بقي من أرش الجناية برقبته[2].

وقال نحوه المشيخةُ السبعة[3].

قال ابن المواز: وإنما خُيِّر الورثةُ فيه وقد كان السيد أسلَمَه؛ لأنه إنما أسلم خدمته فلمَّا صار بعضه رقًّا خُيِّروا[4].

(وإن جرح [المدبَّر][5] اثنان تحاصَّا في خدمته.

وإن جرح واحدًا وأُسلم[6] إليه، ثم[7] جرح آخرُ بعده[8]؛ تحاصَّا في خدمته.

ويتخرَّج [ز: 483/ب] فيها وجهٌ آخر، وهو أن يُخيَّر المجروح الأول في افتكاكه أو إسلامه[9].

فإن افتكَّه؛ اختص بخدمته، وإن أسلمه؛ بطل حقُّه من خدمته)[10].

اعلم أنَّ المدبر إذا جرح اثنين تحاصَّا في خدمته؛ لأنها هي التي تسلم إليهما[11]، فإن استوفيا جنايتهما والسيد حيٌّ رجع إليه، [ك: 145/أ] وكان مدبرًا على ما كان، وإن

(1) في (ك): (عنه).

(2) من قوله: (جناية المدبَّر في خدمته دون رقبته؛ إذ هي) إلى قوله: (وجبَ تعلُّق ما بقي من أرش الجناية برقبته) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 399 و400.

(3) قوله: (وقال نحوه المشيخةُ السبعة) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 461.

(4) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 376.

(5) كلمة (المدبَّر) ساقطة من (ز) و(ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) في (ز): (أُسلم)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) في (ز): (وإن).

(8) في (ز): (بعد).

(9) كلمتا (أو إسلامه) يقابلهما في طبعة دار الغرب والعلمية: (وإسلامه).

(10) التفريع (الغرب): 2/ 11 و(العلمية): 1/ 330.

(11) في (ز): (إليهم).

مات السيد قبل ذلك، وله مالٌ يخرج من ثلثه، ولا دينَ عليه؛ عتق واتبعه كل واحدٍ من المجني عليهما[1] بما بَقِيَ له من الجناية.

وإن لم يترك مالًا سواه؛ عتق ثلثه ورُقَّ ثلثاه، وخيِّر الورثةُ في افتكاكه بأرش جنايتهما وبين إسلام ثلثيه[2] للمجني عليهما، فيكون ملكًا لهما بقدر ما بقي لكل واحدٍ منهما من جنايته[3].

فإن جرح واحدًا فأسلم إليه، ثم جرح آخر؛ فإنه يحاص[4] الأول في الخدمة هذا بجنايته، والأول بما بقي له[5].

قال ابن يونس: ولا يخيَّر السيد ههنا، ولا مَن أسلم إليه بخلاف العبد[6].

قال ابن الجلَّاب: (**ويتخرج فيها وجهٌ آخر، وهو أن يخير المجروح الأول في افتكاكه أو إسلامه، فإن افتكَّه؛ اختصَّ بخدمته، وإن أسلمه؛ بطل حظه[7] من خدمته**)[8].

---

(1) في (ز): (عليهم).

(2) كلمتا (إسلام ثلثيه) يقابلهما في (ز): (إسلامه ثلثه).

(3) قوله: (أنَّ المدبر إذا جرح اثنين تحاصًّا في خدمته... من جنايته) بنحوه في عقد الجواهر، لابن شاس: **3/ 1202**.

(4) في (ز): (يتحاص).

(5) قوله: (فإن جرح واحدًا فأسلم إليه... بقي له) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 359**.

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11/ 470**.

(7) في (ز): (حقه).

(8) التفريع (الغرب): **2/ 11** و(العلمية): **1/ 330**.

[جناية المدبر على سيده]

(وإن جنى المدبَّر على سيده؛ بطلتْ خدمته بالتدبير، واختدمه بالجناية، وقاصَّه من أُجرته[1] بأرشها، قاله ابن القاسم.
وقال غيره: لا يضمن للسيد أرش جنايته)[2].

اختُلف في العبد المدبَّر يجني على سيده هل يختدمه بالجناية؟ أم لا؟

فقال ابن القاسم: يختدمه بالجناية، فإن مات السيد قبل أن يُتمها؛ عتق في ثلثه وأتبع ببقية الجناية، وإن عتق بعضه بالثلث؛ أتبع بحصة ما عتق منه، وسقط ما بقي ورقَّ باقيه للورثة.

وقال غيره: لا يختدمه السيد بجنايته؛ إذ له عظم رقبته، وإذ لو فداه من أجنبي لم يتبعه[3] بما فداه به[4].

(وإذا جرح السيد مدبَّره؛ لم يضمن له أرش جراحه[5]، وإن قتله؛ فلا ضمان عليه)[6].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّه لو ضمن ذلك لأخذه، فيصير قد أخذ من نفسه لنفسه، ولا فائدة في ذلك.

(وإن قتل المدبَّر سيده عمدًا؛ بطل تدبيره.
وإن قتله خطأً؛ لم يبطل تدبيره)[7].

---

(1) في (ك): (أجرتها).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 11 و(العلمية): 1/ 330.

(3) في (ز): (يتبع).

(4) قوله: (فقال ابن القاسم: يختدمه بالجناية، فإن... فداه به) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 350 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 360 و361.

(5) في (ز): (جنايته).

(6) جملة (فلا ضمان عليه) يقابلها في (ز): (لم يكن عليه ضمانٌ)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.
التفريع (الغرب): 2/ 11 و(العلمية): 1/ 330.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 11 و(العلمية): 1/ 330.

[ز: 484/أ] اعلم أن المدبَّر إذا قتل سيده لا يخلو من قسمين:

إما أن يقتله عمدًا أو خطأً، فإن قتله عمدًا؛ قُتل به، فإن استحياه؛ بطل تدبيره ورقَّ للورثة(1).

قال ابن القاسم: ولا يعتق في ثلثٍ ولا ديةٍ، ولا يُتبع بشيءٍ(2).

فإن قتله خطأ؛ عتق في ثلث ماله دون ديته، وأخذ منه(3) بالدية، وإن لم يحمله الثلث؛ عتق منه(4) ما حمل الثلث، ورقَّ ما بقي، واتبع بحصة ما عتق منه من الدية، [ك: 145/ب] إلَّا أن يكون له مالٌ فيؤخذ منه ما لزمه من ذلك(5).

(وإذا قاطع السيدُ مدبَّره على مال جعله عليه، وعجَّل له العتق، ثم مات السيدُ؛ لم يسقط ذلك عنه)(6).

وإنما قال ذلك؛ لأنه دَينٌ تعلَّق بذمته، ولا يعتبر في ذلك خروجه من الثلث؛ لأنَّ الحرية سبقت له قبل موت السيد فينجز عتقه بالعوض دون التدبير(7).

(وإن كاتبه، ثم مات قبل أداء الكتابة؛ عتق(8)، وسقطت الكتابة عنه إن خرج من ثلثه،

---

(1) قوله: (فإن قتله عمدًا؛ قُتل به، فإن... ورقَّ للورثة) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 380 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 465.

(2) قوله: (قال ابن القاسم: ولا يعتق في ثلثٍ ولا ديةٍ، ولا يُتبع بشيءٍ) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3955.

(3) كلمتا (وأخذ منه) يقابلهما في (ك): (واختدمه)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد وجامع ابن يونس.

(4) كلمتا (عتق منه) يقابلهما في (ز): (عتق فيؤخذ منه)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد وجامع ابن يونس.

(5) قوله: (فإن قتله خطأ؛ عتق في ثلث ماله... من ذلك) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 380 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 465.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 11 و(العلمية): 1/ 330.

(7) قوله: (لأنه دَينٌ تعلَّق بذمته، ولا يعتبر... التدبير) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 400.

(8) كلمتا (الكتابة؛ عتق) يقابلهما في (ز): (كتابته وأعتق)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

وإن لم يكن مالٌ غيره؛ عتق ثلثه، وسقط ثلث الكتابة عنه، وكان ثلثاه مكاتبًا بثلثي كتابته، فإن أدَّاه؛ عتق، وإن عجز؛ رقَّ ثلثاه لورثته)[1].

اعلم أنَّ السيد إذا كاتب مدبره صحَّت كتابته، وكان مدبرًا مكاتبًا، فإن أدَّى الكتابة في حياة سيِّده؛ عتق وخرج حرًّا، وإن عجز؛ بقي على تدبيره، وإن لم يؤدِّ ولم[2] يعجز حتى مات السيدُ قام بحقِّه في التدبير، فإن حَمَلَه الثلث على أنه لا كتابة فيه؛ عتق وسقطت الكتابة[3].

قال ابن يونس ﷺ: ويقوَّم بماله في الثلث، ولا يؤخَذ مالُه في العتاقة، وإن لم يحمله الثلث؛ عتق منه محمله، وأُقر ماله بيده، ووضع عنه من كل نجم بقدر ما عتق منه، فإن عتق نصفه؛ وضع عنه نصف كل نجم بقي عليه.

وإن لم يدع غيره؛ عتق ثلثه بالتدبير وبقي ثلثاه مكاتبًا، وسقط عنه من كل نجم بقي عليه ثلث[4]، ولا ينظر إلى ما أدَّى قبل ذلك، ولو لم يَبْقَ عليه إلَّا نجمٌ واحدٌ؛ لأعتق[5] ثلثه وسقط عنه ثلث ذلك النجم، وسعى في بقية الثلثين، فإن أدَّى؛ خرج حرًّا.

وإن كان على سيده دينٌ يغترقه؛ سقط التدبير وبقيت الكتابة، ويباع على أنه مُكاتب، لا تدبير فيه كمكاتب تباع كتابته للدين؛ إذ لا فضل فيها، ولو كان فيها فضلٌ؛ بِيعَ منها بقدر الدين[6].

قال اللخمي ﷺ: وهذا إذا كانت قيمته مكاتبـًا وغير مكاتب سواء، **[ز: 484/ب]** أو كانت قيمته مكاتبـًا أكثر.

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 11 و(العلمية): 1/ 330 و331.

(2) كلمتا (يؤد ولم) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) قوله: (السيد إذا كاتب مدبره صحت كتابته... وسقطت الكتابة) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3940.

(4) جملة (نصف كل نجم بقي عليه... عليه ثلث) يقابلها في (ز): (من كل نجم بقي عليه نصفه، وإن عتق ثلثه؛ وضع عنه من كل نجم بقي عليه ثلثه)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(5) في (ز): (عتق).

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 34.

واختُلف إذا كانت قيمته غير مكاتب أكثر؛ مثل أن تكون قيمته غير مكاتب[1] مائةً، وقيمتُه مكاتبـاً خمسون، والـدَّين خمسون فقال ابن القاسم: يبقى مكاتباً؛ ولا يباع للغرماء مكاتباً؛ لإمكان أن يعجَز بعد البيع فيسقط حقه فيما عقد له من [ك: 144/أ] التدبير، ولا يعجز الآن، وهو يقول: أنا أسعى وأقدر على الأداء.

وقال عبد الملك: يعجَّز ويباع لهم.

قال اللخمي: وهو أحسن؛ لأنه اجتمع فيه شيئان:

تدبيرٌ وكتابة، وكل واحدٍ منهما لو انفرد لكان للغرماء أن يبيعوه في الدَّين.

وإنما يمنع[2] ذلك في حال الحياة؛ لأنَّ المدبَّر لا يباع في الحياة، ولا تباع الكتابة؛ لأنَّ ذلك يؤدي إلى بيع الرقبة، وفيها عقد تدبير[3]، وإذا توجَّه البيع بعد الموت في الوجهين جميعًا كان ردُّ الكتابة وتبتيل عتق[4] بعضه أحسن[5].

[تدبير العبد المشترك الملكية]

(ومن دبَّر بعض عبده؛ لزمه تدبيره كله)[6].

اعلم أنَّ من دبَّر بعض عبده لزمه تدبيره كله؛ اعتبارًا بالعتق، ولا يكون النصف الآخر مدبرًا إلَّا أن يحكم به[7].

(ومن دبَّر شِركًا له في عبدٍ؛ تقاومه هو وشريكه، فإن صار له؛ كان مدبَّرًا كله، وإن صار لشريكه؛ رقَّ كله، وبطل تدبيره.

(1) جملة (أكثر، مثل أن تكون قيمته غير مكاتب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(2) في (ك): (منع).

(3) كلمة (تدبير) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(4) كلمة (عتق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3940 و3941.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 12 و(العلمية): 1/ 331.

(7) عبارة (أن يحكم به) يقابلها في (ك): (بالحكم).

وقد قيل: إن لشريكه أن يتمسك بنصيبه، ولا يقومه على شريكه)[1].

اختُلف فيمن دبَّر شركًا له في عبد هل يقوَّم عليه؟ أو يقاومه شريكه؟ أو يتمسَّك بنصيبه بغير مقاواة، ولا تقويم؟

فقال ابن القاسم رضي الله عنه: ولما لم يكن التدبير كصريح العتق كان من دبَّر شقصًا له في عبد لا يلزمه التقويم؛ إلَّا أن يشاء شريكه؛ للضرر الذي أحدث عليه، وهو بالخيار إن شاء قوم، وإن شاء تماسك[2] بنصيبه، ومضى تدبير شريكه في حصته، وإن شاء قاواه فيه، فإن صار لمن دبره؛ كان جميعه مدبَّرًا، وإن صار لشريكه كان رقيقًا كله[3].

وقال ابن الماجشون في الشريك يدبر حصته بإذن شريكه، أو بغير إذنه: ليس لشريكه الرضا بذلك ويتمسك بنصيبه، ولا بدَّ له من المقاواة؛ لأنه حق للعبد.

وكذلك روى ابن المواز عن أشهب.

فإن كان الذي دبر عديمًا؛ تقاوياه، فإن وقع عليه؛ [ز: 485/أ] بِيع في نصيب صاحبه.

يريد: فما عجز عنه؛ اتبع به، ولا يُباع من نصيب الذي دبر شيء.

قال ابن القاسم: لا مقاواة فيه.

قال ابن القاسم: ولو قاواه ولا يعلم بعدمه، ثم علِم بعد أن وقع له؛ فله فسخُ المقاواة.

وقال أصبغ: لا يفسخ، ويباع منه كله بقدر ما بقي عليه، وما بقي كان مدبرًا [ك: 144/ب] كمن دبر وعليه دينٌ[4].

(وإذا دبَّر الرجلان عبدًا بينهما؛ فقد اختلف فيه، فأُجِيز وكُرِه)[5].

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 12 و(العلمية): 1/ 331.

(2) في (ك): (تمسك).

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 266 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 24.

(4) من قوله: (وقال ابن الماجشون في الشريك يدبر حصته بإذن شريكه) إلى قوله: (كمن دبر وعليه دينٌ) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 24 و25.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 12 و(العلمية): 1/ 332.

اختُلف في الشريكين يدبران عبدًا أو أمة بينهما، فقال مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ مرةً: ذلك جائز.

قال ابن القاسم: وكذلك لو دبَّرها أحدهما، ثم دبرها الآخر بعده؛ فهذا لا[1] شكَّ فيه أنه جائزٌ[2].

وقال مالك مرةً: إن ذلك[3] مكروه؛ لأنه يؤدِّي إلى العتق من غير استكمال متى مات أحدهما، فإن نزل؛ مضى[4].

قال ابن القاسم: فإن دبَّراها معًا ثم مات أحدهما؛ عتقت حصته في ثلثه، ولا يقوَّم عليه نصيبُ صاحبه، فإن كان ثلثه لا يحمل حصته منها؛ عتق منه ما حمل الثلث[5] ورقَّ باقيه لورثته، وليس للورثة مقاواة الشريك، ثم إن مات السيد[6] الثاني؛ عمل في نصيبه كالأول[7].

وكذلك إن دبرا في عقدين فمات أحدهما؛ لعتق نصيبه من ثلثه، أو ما حمل الثلث منه، وكان الباقي رقيقًا للورثة، ولا يقوَّم نصيب الحي من الميت، وإن حمله الثلث، ولا على الحي ما عجز عن ثلث الميت[8].

ولو دبرَ أحدُ الشريكين حصته، ثم أعتق الآخر نصيبَه، أو أعتق أحدُ الشريكين حصَّته من مدبر بينهما؛ قُوِّم على المعتق حصة الشريك قيمة عبد[9]، وقاله جميع الرواة.

---

(1) كلمتا (فهذا لا) يقابلهما في (ك): (فلا).

(2) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 301 و302.

(3) كلمتا (إن ذلك) يقابلهما في (ك): (إنه).

(4) قوله: (وقال مالك مرةً: إن ذلك مكروه... نزل مضى) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3928.

(5) في (ز): (ثلثه).

(6) عبارة (ثم إن مات السيد) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 266.

(8) قوله: (وكذلك إن دبرا في عقدين فمات أحدهما... ثلث الميت) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3928.

(9) في (ك): (العبد).

لأنه صار إلى أفضل ممَّا كان فيه، ولأن الدَّين كان يرده وعتقه من الثلث، فربما لم يكن للسيد ثلثٌ[1].

وقيل: لا يعتق ولا يغيَّر عن حاله؛ لأنَّ ذلك بيع الولاء[2].

قال سحنون وعبد الملك والمغيرة ﷺ: وإذا أعتق أحدُ الشريكين نصيبَه من العبد، ثم دبر الآخر بعده؛ فإن نصيبَ المدبر يعتق على الذي أعتق؛ لأنه لم يكن له إلَّا أن يعتق ناجزًا أو يقوَّم عليه، فلما ترك التقويم؛ لزمه إنجاز العتق.

قال: ولو تداعيا فقال المدبر: أنا دبرتُ أولًا، وقال المعتِق: بل أنا أولًا، فالمعتق مدَّعى عليه، وعلى صاحبه البيِّنة، وعلى المعتق اليمين، فإن نكَلَ؛ حلف المدبر لقد دبرَ أولًا، ووجبتْ له القيمة على المعتق، فإن أبى أن يحلف؛ فلا شيء عليه، ويعتق عليه نصيبه[3].

[مدبر الذمي]

(وإذا دبَّر الذمي عبدًا، ثم أسلم العبد، أو أُجِر عليه من مسلم، ودفعت إليه إجارته، فإذا مات عتق من ثلثه.

ويتخرَّج فيها وجه آخر وهو أن يباع عليه ويدفع إليه الثمن؛ اعتبارًا بأم ولده إذا أسلمت قبله)[4].

اختُلف إذا دبَّر النصراني عبده، ثم أسلم العبد **[ك: 143/أ]** هل يؤاجر عليه من مسلم؟ أو يباع عليه ويدفع إليه ثمنه؟

---

(1) قوله: (ولو دبرَ أحدُ الشريكين حصته، ثم أعتق... للسيد ثلثٌ) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 302 و303، وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 266.

(2) قوله: (وقيل: لا يعتق ولا يغيَّر عن... بيع الولاء) بنصِّه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 465.

(3) قوله: (قال سحنون وعبد الملك والمغيرة ﷺ: وإذا أعتق أحدُ... عليه نصيبه) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 27 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 27.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 12 و(العلمية): 1/ 333.

فقال مالك: يؤاجر عليه من مسلم وتدفع إليه إجارته، ولا يعجل رقه بالبيع؛ لأنه قد يعتق بموت سيده، فإن أسلم النصراني رجع إليه مدبره، وكان له ولاؤه، وإن لم يسلم حتى مات؛ عتق في ثلثه وكان ولاؤه للمسلمين إلَّا أن يكون للنصراني أخ أو ولد مسلم؛ فيكون له ولاؤه دون جماعة المسلمين[1].

وذكر ابن الجلَّاب أنه (يتخرج فيها وجه آخر وهو أن يباع ويدفع ثمنه للنصراني؛ اعتبارًا بأم الولد إذا أسلمت قبله)[2]؛ لأنَّ حرمة أم الولد أقوى من حرمة المدبَّر.

وقد قال مالك مرة في أم الولد النصراني يسلم: إنها تُباع[3].



(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 270 و271.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 12 و(العلمية): 1/ 333.

(3) من قوله: (فلا شيء عليه، ويعتق عليه نصيبه) إلى قوله: (أم الولد النصراني يسلم: إنها تباع) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 267.

كتاب المكاتب

[ز: 486/ أ] [ك: 143/ أ]

(والكتابة مباحة غير واجبةٍ، والإيتاءُ مندوبٌ إليه غير مفروض فِعله)(1).

والأصل في الكتابة قوله ﷻ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرًا﴾ [النور: 33]، فهذا أمرٌ من الله سبحانه للسادات(2) بالكتابة.

واختُلِفَ في هذا الأمر هل هو على الندب؟ أو الإباحة؟

فقال مالك في "الموطأ": سمعتُ بعض أهل العلم إذا سُئِل عن ذلك يتلو هاتين الآيتين: ﴿وَإِذَا حَلَلۡتُمۡ فَٱصۡطَادُواْ﴾ [المائدة: 2]، ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ وَٱبۡتَغُواْ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: 10](3)، فجعَلَها على الإباحة(4).

وذكر ابن يونس عن مالك أنها ندبٌ من الله سبحانه، وليست بواجبة، وبه قال سائر الفقهاء.

ورُوِيَ عن عطاء وابن دينار(5) أنها واجبة.

والدليلُ على أن الكتابةَ ليست بواجبة هو أنها لا تخلو إمَّا أن تكون بيعًا، أو تكون عتقًا(6).

وقد انعقد الإجماع على أن أحدًا لا يُجبَر على بيع عبده، ولا على عتقه، ولا يفعل ذلك إلَّا برضاه، فلمَّا أجمعوا على ذلك؛ كانت الكتابة كذلك؛ لأنها لا تخرج عن كونها

---

(1) كلمة (فعله) زيادة من (ز).

التفريع (الغرب): 2/ 13 و(العلمية): 1/ 334.

(2) في (ز): (للسادة).

(3) الموطأ، للإمام مالك: 5/ 1147 و1148.

(4) من قوله: (والأصل في الكتابة قوله ﷻ: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ﴾) إلى قوله: (فجعلها على الإباحة) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3959.

(5) كلمتا (وابن دينار) يقابلهما في (ز): (ابن يسار)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 49.

بيعًا أو عتقًا، وكل ذلك لا يلزم.

واختُلِفَ في الخير المذكور في الآية ما المرادُ به هل هو الدِّين؟ أو المال؟ أو هما جميعًا؟

فقال مالك في كتاب ابن المواز: هو القوة على الأداء[1].

وقال مجاهد: الخير: المال، [وقال عطاء: أراه المال][2]، وتلا: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا﴾ [البقرة: 180].

وأمَّا الوضيعة من آخر الكتابة[3] فقال ابن الجهم: أكثر أصحابنا يأمرون به[4] من غير قضاء[5].

قال: ولو كان واجبًا؛ لكان مقدَّرًا؛ لأن الواجبات لا بدَّ وأن تكون مقدَّرة معلومة، فلما لم يرد في كتاب الله ولا في سُنة نبيِّه [ك: 143/ ب] ﷺ تَوقيتٌ بشيء معلوم يوضع عن[6] المكاتب؛ دلَّ على أنه ليس بواجب[7].

(ولا بأس أن يكاتب الرجل عبدَه بما اتفقا عليه، مما تجوز المعاوضة عليه[8].

وكل ما جاز أن يكون ثمنًا في البياعات، وأجرة في الإجارات؛ فالكتابة[9] عليه جائزة)[10].

---

(1) قوله: (وقد انعقد الإجماع على أن أحدًا لا يُجبَر... على الأداء) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3959 و3960.

(2) جملة (وقال عطاء: أراه المال) ساقطة من (ز) و(ك) وقد أتينا بها من نوادر ابن أبي زيد.

(3) ما يقابل جملة (الوضيعة من آخر الكتابة) مطموس في (ك).

(4) جملة (وتلا: ﴿إِن تَرَكَ خَيْرًا﴾... يأمرون به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) قوله: (وقال مجاهد: الخير:... قضاء) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 63 و64.

(6) في (ز): (على).

(7) قوله: (قال: ولو كان واجبًا... ليس بواجب) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 49.

(8) جملة (مما تجوز المعاوضة عليه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(9) في (ك): (فالمكاتبة) وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(10) التفريع (الغرب): 2/ 13 و(العلمية): 1/ 334.

وإنما قال ذلك؛ لأنها عوضٌ عن رقبة العبد فجازت بالقليل والكثير مما تقعُ المبايعةُ به، كما لو باعه من غيره(1).

[الكتابة على الوصفاء]

(ولا بأس بالكتابة على الوصفاء من العبيد والإماء)(2).

وإنما قال(3) ذلك؛ لأنها بيعٌ من البيوع فجازت بالعبيد والإماء والصغير والكبير.

والأحسن أن يصفهم ويذكر جنسهم كما(4) يصفهم(5) في السلم، فإن لم يصفهم وكاتَب(6) على وصفاء حمران أو سودان فقال ابن القاسم عن مالك(7): إن ذلك جائز.

قال: ويُعطَى وسطًا من ذلك الجنس؛ كالنكاح.

قال مالك: فإن كاتَبه على وصيف أو وصيفين ولم يصفهم؛ جاز، وعليه الوسط(8) [ز: 486/ ب] من كسبِ ذلك الموضع من الحمران والسودان، والوسط(9) في الجودة من ذلك الصنف.

وإن قال: عبد؛ كان عليه الوسط لا شيخ ولا وصيف(10).

قال ابن يونس: فإن لم يصف الجنس، وفي البلد سودان وحمران ولا غالب في ذلك؛ فإنه يعطى الوسط من كل جنس؛ كالنكاح.

---

(1) قوله: (لأنها عوضٌ عن رقبة العبد... غيره) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 380.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 13 و(العلمية): 1/ 334.

(3) ما يقابل كلمتي (وإنما قال) مطموس في (ز).

(4) ما يقابل عبارة (أن يصفهم ويذكر جنسهم كما) مطموس في (ز).

(5) في (ز): (وصفهم).

(6) في (ز): (وكاتبه).

(7) ما يقابل عبارة (أو سودان؛ فقال ابن القاسم عن مالك) مطموس في (ز).

(8) ما يقابل جملة (كالنكاح قال مالك... وعليه الوسط) مطموس في (ز).

(9) كلمتا (والسودان والوسط) يقابلهما في (ك): (والسودان، أو الوسط، والوسط).

(10) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 231 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 274.

قال ابن يونس: ولو لم يسمِّ العدد؛ فالكتابة باطلة[1].

[جبر العبد على الكتابة]

(وليس للسيِّد أن يجبر عبده على الكتابة. وقد قيل: له ذلك)[2].

اختُلِفَ في السيد هل له أن يُجبِرَ عبده على الكتابة؟ أم ليس له ذلك إلَّا برضاه؟

فذَكَرَ بعض البغداديين عن مالك أن للسيد إكراه عبده على ذلك، وإن كَرِهَ العبد، كما له أن يعتقه على أن يتبعه بمال.

قال: وكما يؤاجره وإن كره؛ فكذلك يكاتبه[3].

وأيضًا[4] فإن للسيد أخذ ماله، وإجباره على التكسُّب من غير عقد عتق يحصل له، فإذا أخذ ذلك منه على أن يعتقه؛ كان أَوْلَى[5].

وقال أشهب وعبد الملك: لا يكاتب الرجلُ عبدَه إلَّا برضاه، ولا يجوز بغير رضاه[6].

وكذلك ذكر ابن شعبان.

والدليل على أنه ليس للسيد أن يجبره على الكتابة قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ﴾ [النور: 33]، فدلَّ على أنها إذا لم يطلبها لم تكن عليه[7]، ولأنها خرجت مخرج المعاوضات والبياعات فاحتاجت إلى

---

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 52.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 13 و(العلمية): 1/ 334.

(3) قوله: (فذكر بعض البغداديين عن مالك: أن للسيد... فكذلك يكاتبه) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 63 و64.

(4) كلمتا (يكاتبه وأيضًا) يقابلهما في (ز): (يكاتبه قال وأيضًا).

(5) قوله: (وأيضًا فإن للسيد أخذ ماله... كان أَوْلَى) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 380.

(6) قوله: (وقال أشهب وعبد الملك: لا يكاتب... بغير رضاه) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 64 و65.

(7) انظر: الزاهي، لابن شعبان (بتحقيقنا)، ص: 407 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 50 و51.

الرضا، كما لو كانت بين السيد والأجنبي[1].

[كتابة العبد والأمة اللذَيْن لا صنعة لهما]

(ولا بأس بكتابة العبد الذي لا صنعةَ له.

وتُكره كتابة الأمة [ك: 142/ أ] **التي لا صنعة لها، ولا عمل في يديها)**[2].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الرجل قادرٌ على التكسب[3] وإن لم تكن له حِرْفة؛ بخلاف الأمة فإنه يُخَاف عليها إذا كُلِّفت التكسب[4] أن تكسبَ بفرجها.

وقد رُوي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: "لاَ تُكَلِّفُوا الْأَمَةَ الْكَسْبَ؛ فتَكْسِبُ بِفَرْجِهَا"[5].

وهل يُكاتَب الصغير الذي لا صنعة له؟

قال ابن القاسم: لا بأس بذلك؛ لأنَّ مالكًا قال: (لا بأس بكتابة من لا حِرفةَ له، وإن كان يَسْأل ويُتصدَّق عليه).

وقال أشهب وسحنون: لا يُكاتب الصغير؛ لأنَّ عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: "لَا تُكَلِّفُوا الصَّغِيرَ الْكَسْبَ؛ فَإِنَّكُمْ مَتَى كَلَّفْتُمُوهُ[6] سَرَقَ"؛ إلَّا أن تفوت الكتابة بالأداء، أو

---

(1) قوله: (ولأنها خرجت مخرج المعاوضات... السيد والأجنبي) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 380.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 13 و(العلمية): 1/ 334.

(3) في (ز): (الكسب).

(4) في (ز): (الكسب).

(5) جملة (وقد رُوي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال... فتكسب بفرجها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك) وما أثبتناه في معونة عبد الوهاب.

وقوله: (لأنَّ الرجل قادرٌ على التكسب وإن لم... فتكسب بفرجها) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 381.

والأثر رواه مالك في موطئه: 5/ 1428، في باب الأمر بالرفق بالمملوك، من كتاب الاستئذان، برقم (3595).

وابن أبي شيبة في مصنفه: 4/ 474، برقم (22249).

والبيهقي في سننه الكبرى: 8/ 14، برقم (15785)، جميعهم بألفاظ متقاربة عن عثمان بن عفان رضي الله عنه.

(6) في (ك): (كلَّفتموهم).

يكون بيده ما يؤدي عنه؛ فيؤخذ من يده ولا يترك له فيتلفه لسفهه ويرجع رِقًّا[1].

[الكتابة على نجم واحد أو نجوم عدَّة]

(ولا بأس بالكتابة على نجمٍ واحدٍ، أو نجوم عدَّة)[2].

وإنما قال ذلك؛ لأنها مبايعةٌ تجوز على نجم واحدٍ أو نجوم عدَّة[3].

وأمَّا الكتابة الحالَّة؛ فليس عن مالك فيها نصٌّ ومحققوا أصحابنا يرون أنها جائزة.

والدليل على ذلك أنها عتق بعوض فجازت[4] مع تعجيلها أو تأجيلها[5].

أصلُه: بيع العبدِ من نفسه.

ولأنَّ الأجل إنما جعل رفقًا بالعبد[6]، فإذا أسقطه العبد، وجعله حالًّا؛ جاز[7]، كما لو كاتبه منجمًا فرضي العبد بتعجيل ما عليه[8].

[المكاتب عبدٌ حتى يفي بكتابته]

[ز: 487/ أ] **(والمكاتَب عبدٌ ما بقي عليه من كتابته شيءٌ[9]، فإن أدَّاه؛ عتق، وإن عجز عنه؛ رقَّ)**[10].

والأصل في ذلك ما خرجه النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ

---

(1) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 252 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 285 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 51.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 13 و(العلمية): 1/ 334.

(3) كلمة (عدَّة) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) ما يقابل كلمتي (بعوض فجازت) مطموس في (ز).

(5) كلمتا (أو تأجيلها) يقابلهما في (ك): (وتأجيلها).

(6) ما يقابل جملة (ولأنَّ الأجل إنما جعل رفقًا بالعبد) مطموس في (ز).

(7) كلمة (جاز) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(8) ما يقابل جملة (كاتبه منجمًا فرضي العبد بتعجيل ما عليه) مطموس في (ز).

وقوله: (لأنها مبايعةٌ تجوز على نجم واحدٍ... ما عليه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 380.

(9) عبارة (من كتابته شيءٌ) يقابلها في (ز): (شيءٌ من كتابته) بتقديم وتأخير.

(10) التفريع (الغرب): 2/ 13 و(العلمية): 1/ 334.

أنه قال: «**الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ**»(1).

وقال رسول الله ﷺ: «**مَنْ كَانَ مُكَاتَبًا عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ، فَقَضَاهَا إِلَّا عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَهُوَ عَبْدٌ أَوْ عَلَى مِائَةِ وَقِيَّةٍ فَقَضَاهَا إِلَّا أُوقِيَّتَيْنِ فَهُوَ عَبْدٌ**»، خرجه النسائي أيضًا(2).

وكذلك قال علي وزيد بن ثابت وابن عمر رضي الله عنهم وجماعةٌ من التابعين: "إنه عبدٌ ما بقي عليه درهم"(3).

ولأن الكتابة عتقٌ بصفة الأداء، فإذا لم يحصل الأداء؛ لم يحصل العتق(4).

(ومن كاتب عبده وله مالٌ؛ تَبِعه ماله)(5).

وإنما قال ذلك؛ لأن الكتابة عقدُ حريةٍ كالعتق، وسواءٌ كان ماله عينًا أو عرضًا أو دَينًا، وهذا إذا كان له مال يَعلَم به السيد.

واختُلِفَ إذا كان له مال وكتمه [ك: 142/ ب] عن السيد هل يتبعه؟ أم لا؟

فقال مالك: ذلك للعبد سواء أظهره أو أخفاه.

وحُكِيَ عن بعض العلماء أن ذلك للسيِّد.

ودليلُنا ما قدَّمناه.

---

(1) تقدم تخريجه فيما يُستحب ستره للأمة من كتاب الصلاة: 38/2.

(2) صحيح لغيره، رواه النسائي في سننه الكبرى: 5/ 53، في باب المكاتب يؤدي بعض كتابته، من كتاب العتق، برقم (5010).

وابن حبان في صحيحه: 10/ 161، في باب الكتابة، من كتاب العتق، برقم (4321) كلاهما عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.

(3) قوله: (والأصل في ذلك ما خرجه النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «المكاتَب عبدٌ ما بقي... عليه درهم) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 234.

والأثر رواه البخاري معلقًا: 3/ 152، في باب بيع المكاتب إذا رضي، من كتاب المكاتب، عن زيد بن ثابت وابن عمر رضي الله عنهم.

(4) قوله: (ولأن الكتابة عتقٌ بصفة... يحصل العتق) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 381.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 14 و(العلمية): 1/ 335.

[ولد المكاتب يتبع أباه بالشرط]

(وإن كان له ولد؛ لم يتبعه ولده، ولم يدخل في كتابته؛ إلَّا أن يشترطه)[1].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ الولدَ ليس بملكٍ للعبد، وإنما هو ملكٌ للسيد، فلا يدخل معه في الكتابة إلَّا أنْ يشترطَه كسائر عبيد السيد، وليس الولد كمال المكاتب؛ لأن العبد إذا عُتق[2] تبعه ماله ولم يتبعه ولده، وإذا فلس؛ أخذ ماله، ولم يؤخذ ولده، والذي يبتاع عبدًا ويشترط ماله؛ لا يُقْضَى له بولده.

فثبت بما قلناه أن الولد ليس كالمال، وهذا إذا كان الولد حدثوا قبل عقد الكتابة، فأما إن حدثوا بعد عقد الكتابة؛ فإنهم يتبعون بغير شرط؛ لأن كل حكم ثبت للآباء ثبت مثله للولد من الحرية والرِّق[3].

[تبعية الأمة الحامل للمكاتب]

(وإن كانت له أمةٌ حامل منه؛ تبعته الأمة، ولم يتبعه ولدها، وانتظر بها وضع حملها. فإن وضعت؛ كان الولدُ للسيد، والأمة للمكاتب)[4].

وإنما قال ذلك؛ لأن الأمة مالٌ من أمواله، وقد تقدَّم أن العبد إذا كُوتِب ومعه مال يتبعه ماله؛ بخلاف الولد؛ فإنه[5] ملك لسيده[6]، وما كان ملكًا للسيد[7] لا يدخل معه في

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 14 و(العلمية): 1/ 335.

(2) في (ز): (أُعتق).

(3) في (ز): (والعتق)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

من قوله: (لأنَّ الولدَ ليس بملكٍ للعبد، وإنما هو ملكٌ للسيد) إلى قوله: (ثبت للآباء ثبت مثله للولد من الحرية والرِّق) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 382 و383.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 14 و(العلمية): 1/ 335.

(5) في (ز): (لأنه).

(6) في (ز): (للسيد).

(7) في (ك): (لسيده).

الكتابة كسائر أموال سيده؛ إلَّا أن العبدَ يُمْنَع من بيع[1] الأمة حتى تضع؛ لأنه إذا باعها لا يخلو من أحد أمرين[2] إمَّا أن يبيع ولدها معها، أو يستثنيه.

فإن باعه معها؛ فذلك[3] غير جائز؛ لأنه ملك لسيده.

وإن باعها واستثناه؛ فذلك أيضًا[4] غير جائز؛ لأن النبيَّ ﷺ نهى عن استثناء الأجنَّة[5]، فلم يبق إلَّا أن [ز: 487/ ب] ينتظر حتى تضع، فإذا وضعت؛ كان الولد للسيد والأمة للمكاتب[6].

[بيع كتابة المكاتب]

(ولا بأس ببيع كتابة المكاتب إن كانت ذهبًا أو ورقًا بعرض معجَّل، وإن كانت عروضًا؛ فبذهبٍ، أو ورق معجلةٍ، أو بعرض مخالف لها معجَّلًا غير مؤجَّل)[7].

وإنما قال ذلك؛ لأن بيعَ الديون التي في الذمة جائزٌ؛ بدليل صرف ما في الذمة.

إذا ثبت هذا؛ فلا تخلو الكتابة إما أن تكون ذهبًا أو ورقًا أو عروضًا.

فإن كانت ذهبًا؛ جاز أن تُباع بورق، أو بعرض معجَّل غير مؤجل.

---

(1) ما يقابل الجار والمجرور (من بيع) مطموس في (ز).

(2) في (ز): (قسمين).

(3) ما يقابل كلمتي (معها؛ فذلك) مطموس في (ز).

(4) كلمة (أيضًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) لعله يشير للحديث المتفق على صحته الذي رواه مالك في موطئه: 4/ 946، في باب ما لا يجوز من بيع الحيوان، من كتاب البيوع، برقم (2410).
والبخاري: 3/ 70، في باب بيع الغرر وحبل الحبلة، من كتاب البيوع، برقم (2143).
ومسلم: 3/ 1154، في باب تحريم بيع حبل الحبلة، من كتاب البيوع، برقم (1514)، جميعهم بألفاظ متقاربة عن ابن عمر رضي الله عنهما أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الحَبَلَةِ»، وَكَانَ بَيْعًا يَتَبَايَعُهُ أَهْلُ الجَاهِلِيَّةِ، كَانَ الرَّجُلُ يَبْتَاعُ الجَزُورَ إِلَى أَنْ تُنْتَجَ النَّاقَةُ، ثُمَّ تُنْتَجُ الَّتِي فِي بَطْنِهَا وهذا لفظ البخاري.

(6) من قوله: (لأن الأمة مالٌ من أمواله) إلى قوله: (كان الولد للسيد والأمة للمكاتب) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 383.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 14 و(العلمية): 1/ 335.

وإن كانت ورقًا؛ جاز أن تُباع[1] بذهبٍ أو بعرض معجَّل.

وإن كانت عروضًا؛ جاز أن تباع بذهب أو ورق، أو بعرض مخالفٍ للعرض الأول معجَّل غير مؤجل.

وإنما قلنا ذلك؛ لأنها لو بيعت [ك: 141/ أ] وهي ذهبٌ أو ورق بذهب أو ورق دخل ذلك التأخير، وبيعَ غائب بناجز، وذلك ممنوعٌ.

وإن بيعت بعرض [مؤخَّر][2]؛ دخله الدَّين بالدَّين، وإن بيعت وهي عروض بعروض من جنسها[3] أكثر منها دخله سلفٌ بزيادة وذلك ممنوعٌ، فلم يبق إلَّا ما قلناه، وهذا إذا بيعت من غير العبد.

فأمَّا إذا بيعت من العبد نفسه؛ فذلك جائزٌ كيف شاء؛ لأنَّ بيعها من العبد نفسه إنما هو تركٌ لما يثبت عليه، والعدول عنه إلى مالٍ معجل أو مؤجل[4]، واستئناف[5] كتابة غير الأولى، ولا خلاف أن للمكاتب أن ينقل نفسه من كتابة إلى كتابة[6].

[بيع نجوم المكاتب وجزء من الكتابة]

(ولا يجوز بيع نجم من نجوم المكاتب)[7].

وإنما قال ذلك؛ لأن ما يقابل النجم من رقبة المكاتب مجهول؛ لأنه قد يعجز فيرق له مقدار ذلك النجم، ومقدار ذلك النجم مجهول[8].

---

(1) جملة (بورق، أو بعرض معجَّل... أن تباع) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) كلمة (مؤخَّر) ساقطة من (ز) و(ك) وقد أتينا بها من معونة عبد الوهاب.

(3) كلمتا (من جنسها) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه في معونة عبد الوهاب.

(4) كلمتا (أو مؤجل) يقابلهما في (ز): (ومؤجل).

(5) كلمة (واستئناف) يقابلها في (ز): (أو استئناف)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(6) من قوله: (لأن بيع الديون التي في الذمة جائزٌ) إلى قوله: (ينقل نفسه من كتابة إلى كتابة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 383 و384.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 14 و(العلمية): 1/ 335 و336.

(8) قوله: (لأن ما يقابل النجم من... النجم مجهول) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 385.

قال أصبغ وسحنون: وهذا إذا كان النجم[1] معينًا، فإن لم يكن معينًا؛ لم يكن بذلك بأس.

ورواه أصبغ[2] عن ابن القاسم في "المستخرجة"[3].

(وعنه في بيع الجزء من كتابته روايتان:
إحداهما: جوازه. والأخرى: منعه)[4].

فوجه الجواز اعتبارًا بسائر المبيعات[5]؛ لأن كل ما جاز بيعه كله؛ جاز بيع بعضه، وكذلك الكتابة.

ووجه المنع فلأنَّ ذلك يؤدي[6] إلى أن يؤدي المكاتب كتابتين مختلفتين:

إحداهما إلى سيده بعقد كتابته.

والأخرى إلى[7] مبتاع الجزء من كتابته، وذلك غير جائز؛ لأنه قد يؤدي إلى أحدهما ولا يؤدي للآخر[8] شيئًا[9].

واختُلف في بيع أحد الشريكين نصيبه الذي يملكه من الكتابة دون صاحبه، فروى ابن القاسم عن مالك في "المستخرجة" أنه كره ذلك، وقال: إمَّا أن يُباع كلُّه، أو يملك كله.

وقال سحنون بعقب هذا: إنما يكره أن يبيع نجمًا من نجومه، فأما ربعه أو ثلثه؛ فلا

---

(1) جملة (من رقبة المكاتب مجهول... كان النجم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) ما يقابل كلمتي (ورواه أصبغ) مطموس في (ز).

(3) قوله: (قال أصبغ وسحنون: وهذا إذا كان النجم... في المستخرجة) بنحوه في البيان والتحصيل، لابن رشد: **15/ 220**.

(4) التفريع (الغرب): **2/ 14** و(العلمية): **1/ 336**.

(5) ما يقابل عبارة (اعتبارًا بسائر المبيعات) مطموس في (ز).

(6) ما يقابل عبارة (فلأن ذلك يؤدي) مطموس في (ز).

(7) في (ك): (إن) وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(8) ما يقابل عبارة (ولا يؤدي للآخر) مطموس في (ز).

(9) من قوله: (فوجه الجواز: اعتبارًا بسائر المبيعات) إلى قوله: (ولا يؤدي للآخر شيئًا) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 384**.

بأس[1].

[فيمن ابتاع كتابة مكاتب]

(ومن ابتاع كتابة مكاتب، فأدَّى إليه كتابَتَه؛ عتق، وكان ولاؤه لمن عقد كتابته، فإن عجز؛ فله رقبته، وإن مات عن مالٍ؛ فله ماله)[2].

اعلم أنَّ [ز: **488**/ أ] من ابتاع كتابة[3] مكاتب، فأدَّى إليه المكاتبُ عتقَ، كما لو أدَّاها إلى سيده؛ لأنَّ الصفة التي علق العتق عليها هي الأداء، وقد حصلت، ولأن المشتري قائم مقام السيد، وكان ولاؤه لمن عقد كتابته؛ لأنَّ عتقه من جهته بما عقد له، وإنما ابتاع المشتري ما على المكاتب دون رقبته بعد ثبوت [ك: **141**/ ب] الولاء لسيده، والولاء لا يصح نقلُه بعوض ولا[4] بغير عوض، فإن عجز؛ رقَّ جميعه وكان ملكًا لمن اشترى كتابته؛ لأنه قائمٌ مقام سيده، وقد ثبت أنه لو عجز قبل بيع الكتابة كان ملكًا[5] لسيده[6]، فكذلك إذا عجز بعد بيع الكتابة يكون للمشتري.

وإن مات قبل دفع الكتابة ولم يترك ولدًا معه في الكتابة؛ كان المال للمشتري كموته عند سيده[7].

واختُلف فيمن اشترى كتابة مكاتب، ثم وجد بالمكاتب عيبًا، فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: ينتظر به، فإن أدَّى كتابته؛ فلا رجوع للمشتري بشيءٍ؛ لأنه قد حصل له ما

---

(1) قوله: (إمَّا أن يُباع كلُّه، أو يملك... بأس) بنصِّه في البيان والتحصيل، لابن رشد: **15/ 219**.

(2) التفريع (الغرب): **2/ 14** و(العلمية): **1/ 336**.

(3) كلمة (كتابة) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) في (ز): (أو)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(5) جملة (لمن اشترى كتابته؛ لأنه قائم... كان ملكًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(6) في (ز): (للسيد).

(7) قوله: (من ابتاع كتابة مكاتب، فأدَّى إليه المكاتبُ) إلى قوله: (للمشتري كموته عند سيده) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 385**.

اشترى، وإن عجز[1]؛ رق له ورده[2] بالعيب، ويردُّ معه جميع ما أخذ من الكتابة، ولم يكن ذلك كالغلة؛ لأنه إنما اشترى الكتابة فليست كالغلة.

وقال غيره: ليس عليه أن يرد شيئًا مما قبض كالغلة.

واحتجَّ بأن الملك كان فيه مترقب؛ إذ لا يدري[3] ما يحصل له؛ الرقبة أو مال المكاتب[4]، فلما عجز؛ فكأنه إنما اشترى رقبته، فكان ما قبض غلةً له[5].

[هبة الكتابة والوصيةُ بها]

(ومن وهب لرجل كتابة مكاتب، أو أوصى له بها، فإن مات؛ ورثه، وإن عجز؛ ملكه)[6].

اعلم أن من وهب لرجلٍ كتابة مكاتب، أو أوصى له بها وحملها الثلث؛ فإن المكاتب يؤدِّي للموهوب له، فإن مات قبل أداء الكتابة؛ كان ماله للموهوب.

واختُلف إذا عجز عن أدائها فروى موسى بن معاوية ومحمد بن المواز عن ابن القاسم أنه يكون ملكًا للموهوب؛ كالبيع.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنه يكون ملكًا للواهب، وقاله أشهب[7].

---

(1) كلمة (عجز) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

(2) كلمتا (له ورده) يقابلهما في (ك): (وله رده).

(3) في (ك): (يرد)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) كلمتا (مال المكاتب) يقابلهما في (ك): (المال للمكاتب).

(5) من قوله: (واختُلف فيمن اشترى كتابة مكاتب) إلى قوله: (فكان ما قبض غلةً له) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 96**.

(6) التفريع (الغرب): **2/ 14** و(العلمية): **1/ 336** و**337**.

(7) قوله: (واختُلف إذا عجز عن أدائها، فروى موسى بن معاوية... وقاله أشهب) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13/ 92**.

[الأحقُّ ببيع كتابة المكاتب، ونقل الكتابة من ذهب إلى ورق، والعكس]

(وإن بيعت كتابة المكاتب؛ فهو أحقُّ بها من مبتاعه.
وإن بيع جزء منها؛ لم يكن أحق به من مبتاعه)[1].

اعلم أنه إذا بيعت كتابة المكاتب؛ فالمكاتب أحق بها، ويأخذها[2] بالثمن الذي بيعت به، وبذلك قضى عمر بن عبد العزيز[3].

وذلك لحرمة العتق، ولما ينال من تعجيله، ولإزالة الضرر عنه بدخول من لم يعهد معاملته، وهذا إذا بيعت جميع الكتابة، فأمَّا إن بيع بعضها[4]؛ لم يكن أحق بها[5]؛ لأنه لا يرجع إلى حرية[6].

(ولا بأس على مَن كاتب عَبدَه على ذهبٍ أن ينقله إلى ورقٍ، أو كاتبه على ورقٍ؛ فله أن ينقله إلى ذهب)[7].

اعلم أنَّ من كاتب عبده على ذهبٍ؛ جاز له أن ينقله الى ورق، أو كاتبه على ورق [ك: 140/ أ] أن ينقله إلى ذهب إن كان ذلك معجلًا.

واختُلِفَ [ز: 488/ ب] إذا كان مؤجلًا فأجاز ذلك مالك وابن القاسم؛ سواء تعجَّل

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 14 و(العلمية): 1/ 337.

(2) كلمة (ويأخذها) يقابلها في (ز): (أو يأخذها).

(3) قوله: (إذا بيعت كتابة المكاتب؛ فالمكاتب... عمر بن عبد العزيز) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 96.

(4) في (ز): (بعضًا).

(5) قوله: (وذلك لحرمة العتق، ولما ينال من تعجيله... أحق بها) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 385.

(6) قوله: (لأنه لا يرجع إلى حرية) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 96.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 14 و(العلمية): 1/ 337.

وكلمة (ذهب) يقابلها في (ك): (ذهب معجلًا).

العتق أو لم يتعجل، وسواء كان ذلك مثل الأجل أو أقرب منه[1] أو أبعد.

ومنعه سحنون إلَّا بشرط تعجيل[2] العتق.

ومنعه ابن عمر وإن عجل العتقَ، فأجرى الكتابة مجرى الديون الثابتة.

وكذلك إن كانت الكتابة عينًا ففسخها في عروض، أو كانت عروضًا ففسخها في عين، أو طعامًا ففسخه في عين أو عروض.

فإن كان ما انتقل إليه يأخذه نقدًا؛ جاز، وإن كان إلى مثل ذلك الأجل أو أبعد أو أقرب؛ جاز عند مالك وابن القاسم، ولم يجز عند سحنون؛ إلَّا أن يعجِّل العتق[3].

[اشتراط الخدمة أو السفر على المكاتب]

(ولا بأس أن يشترط على مكاتبه سفرًا أو خدمة مع كتابته، فإن أدَّى الكتابة معجلةً؛ سقط عنه السفر والخدمة[4].

وقد قيل: لا يسقط عنه ذلك[5]، وهو لازمٌ له لا يعتق إلَّا بأدائه.

وقد قيل: له أن يعطي قيمة ذلك مع كتابته، ويتعجل عتقه، ولا ينتظر به ما اشترط عليه[6] من السفر أو الخدمة)[7].

اختُلِفَ فيمن كاتب عبده على مال وخدمة شهر، أو سفر مدة وأدَّى الكتابة، وبقيت عليه الخدمة أو السفر، هل يعتق بنفس أداء الكتابة وتسقط عنه الخدمة أو السفر؟ أم لا يعتق إلَّا بأداء للجميع[8]؟ أو يكون للمكاتب أن يُعطي قيمة ذلك ويتعجل العتق؟

---

(1) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) في (ز): (تعجل).

(3) قوله: (واختلف إذا كان مؤجلًا؛ فأجاز... يعجِّل العتق) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3969.

(4) كلمة (والخدمة) يقابلها في (ز): (أو الخدمة) وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) كلمتا (عنه ذلك) يقابلهما في (ك): (ذلك عنه) بتقديم وتأخير.

(6) كلمة (عليه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 14 و(العلمية): 1/ 337.

(8) عبارة (إلَّا بأداء الجميع) يقابلها في (ز): (بنفس ذلك بل بالأداء للجميع).

فقال مالك: ذلك[1] لازم ما لم يؤدِّ المال، فإن أدَّى المال؛ سقطت الخدمة ولم يؤدِّ عنها شيئًا[2].

قال اللخمي: وعلَّل ذلك بأن الخدمة بقيَّة رق فلتكن[3] عليه.

قال: وكذلك السفر يشترطه عليه، فإنه يسافر ما لم يؤدِّ المال، فإذا أدَّاه[4] سَقَطَ.

وقال أيضًا: كل من جعل حرية عبد بعد[5] خدمة أو سفر؛ لزم ذلك العبد، ولا يعتق إلَّا بعد ذلك كله.

وقال في كتاب ابن المواز: يعطيه مكان[6] السفر شيئًا[7] ويتعجَّل عتقه[8].

قال اللخمي: وعلى هذا يعطيه قيمة الخدمة[9].

وقال أصبغ: لا يعجبني[10] إلزامه الشرط بالخدمة، ولكن تسقط الخدمة وتثبت الكتابة؛ كالذي يشترط أن يطأ المكاتبة[11] في أيام الكتابة؛ فإن الكتابة تمضي ويسقط الشرط[12].

واختُلِفَ إذا كاتبه على خدمةٍ خاصة[13] ولا شيءَ معها، فأراد تعجيل قيمتها؛ فقال أشهب: له ذلك، ويلزم السيد أخذها [ك: **140**/ ب] ويعتق مكانه[14]، فإن كانت قيمة

---

(1) عبارة (ويتعجل العتق فقال مالك: ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) المدونة (صادر/ السعادة): **3/ 233** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 276**.

(3) كلمة (فلتكن) يقابلها في (ز): (فلم تكن).

(4) في (ك): (أدَّى).

(5) ما يقابل عبارة (جعل حرية عبد بعد) مطموس في (ز).

(6) ما يقابل عبارة (ابن المواز: يعطيه مكان) مطموس في (ز).

(7) ما يقابل كلمة (شيئًا) مطموس في (ز).

(8) قوله: (يعطيه مكان السفر شيئًا ويتعجل عتقه) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13/ 65**.

(9) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3967** و**3968**.

(10) ما يقابل جملة (وقال أصبغ: لا يعجبني) مطموس في (ز).

(11) ما يقابل عبارة (يشترط أن يطأ المكاتبة) مطموس في (ز).

(12) قول أصبغ بنصِّه في البيان والتحصيل، لابن رشد: **15/ 266**.

(13) ما يقابل عبارة (على خدمة خاصة) مطموس في (ز).

(14) ما بين يقابل كلمتي (ويعتق مكانه) مطموس في (ز).

الخدمة في تلك الشهور والأيام متساوية؛ نُظر كم قيمته أول[1] يوم بالنقد[2]؛ لأنه يمكن[3] قبضه، فما قيل: إنه قيمته؛ حُسِبَ على مثل ذلك جميع أيام الخدمة[4].

قال ابن يونس: وَحَكَى بعض أصحابنا عن غير واحدٍ من شيوخنا أنَّ ابن القاسم يخالفه في ذلك، ويقول: ليس له تعجيل الخدمة، وكأنهم[5] رأوه مُعتقًا إلى أجل.

وحكى بعض أصحابنا عن بعض[6] القرويين أن له حكم المكاتب لا حكم المعتق إلى أجل؛ مِن أجل[7] لفظها بالكتابة، وكأن السيد إنما أجراه على سُنَّة[8] الكتابة في ماله ونفقته[9] على نفسه[10].

وإذا كان [ز: 489/ أ] له حكم المكاتب؛ فينبغي أن يكون له تعجيل قيمة الخدمة.

قال ابن يونس: وهذا عندي أصح من الأول، وإنما لا يكون له تعجيل قيمة الخدمة إذا قال: (اخدمني شهرًا وأنت حر)؛ فهذا ليس له تعجيل قيمة الخدمة[11]؛ لأنه معتق إلى أجل[12].

---

(1) في (ز): (كل).

(2) ما يقابل كلمة (بالنقد) مطموس في (ز).

(3) كلمتا (لأنه يمكن) يقابلهما في (ز): (لأنه لا يمكن)، ما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(4) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3967 وما بعدها.

(5) ما يقابل كلمة (وكأنهم) مطموس في (ز).

(6) عبارة (أصحابنا عن بعض) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) ما يقابل عبارة (أجل؛ من أجل) مطموس في (ز).

(8) في (ز): (حكم).

(9) ما يقابل كلمتي (ماله ونفقته) مطموس في (ز).

(10) في (ز): (سيده)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(11) جملة (قال ابن يونس: وهذا عندي... قيمة الخدمة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

(12) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 55.

[ميراث المكاتب الذي يموت قبل أداء الكتابة]

(وإذا مات المكاتَب قبل أداء كتابته، وتركَ ولدًا قد دخلوا في كتابته بالولادة أو الشرط، وترك مالًا؛ أدوا[1] عنه باقي الكتابة، وكان ما فضل بعد ذلك ميراثًا بين ولده، للذكر مثل حظ الأنثيين، وميراثه لولده دون سيده، ولا يرثه ولده[2] العبيد، ولا الأحرار، ولا المكاتبون كتابة منفردة عن كتابته، وإنما يرثه ولده الذين معه في كتابته، وترثه زوجته وسائر أقاربه إذا كانوا معه في كتابته.

وقد قيل: لا يرثه إلَّا ولده المكاتبون معه[3] دون زوجته وسائر أقاربه)[4].

اختُلِفَ إذا مات المكاتَب قبل أداء الكتابة وترك ولدًا فدخلوا[5] معه[6] في كتابته بالولادة أو الشرط، وترك مالاً فيه وفاءٌ بالكتابة هل تنفسخ الكتابة؟ أم لا؟

فقال مالك: (لا تنفسِخ[7] الكتابة)، وبه قال علي بن أبي طالب وابن مسعود ومعاوية رضي الله عنهم.

وقال الشافعي وابن حنبل: تنفسِخ[8] الكتابة.

ودليلنا على أن الكتابةَ لا تنفسخ هو: أن الكتابةَ عقدٌ لازم، وقد تضمن عتق المكاتب وولده الداخلين معه في الكتابة بصفة أداء المال[9]، فلم يكن للسيد فسخُ العقد في حقِّهم، كما لم يكن له ذلك في حق العبد نفسه[10].

---

(1) في (ز) و(ك): (أدى)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) في (ز): (أولاده)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) كلمتا (المكاتبون معه) يقابلهما في (ز): (الذين معه في الكتابة).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 15 و(العلمية): 1/ 337 و338.

(5) كلمة (فدخلوا) يقابلها في (ز): (قد دخلوا).

(6) كلمة (معه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) في (ك): (تفسخ).

(8) في (ك): (تفسخ).

(9) في (ز): (الملك)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(10) من قوله: (اختُلف إذا مات المكاتَب قبل أداء) إلى قوله: (له ذلك في حق العبد نفسه) بنحوه في =

إذا ثبت ذلك فإن الكتابة لا تنفسخ، فمَنْ يرثه؟

اختُلِفَ في ذلك[1] فقال مالك: يرثه ولده الذين معه في الكتابة دون سيده، ولا يرثه العبيد ولا الأحرار ولا المكاتبون [ك: 139/ أ] كتابةً منفردةً عن كتابته.

وقال أيضًا: يرثه الولد[2] وولد الولد[3] والأبوان والأجداد والإخوة الذين يعتقون عليه من أهل الفرائض ممن هو معه في الكتابة دون أحرار ورثته.

ولا يرثه عم ولا ابن عم ولا زوجة، وإن كانوا معه في الكتابة[4].

وقال ابن المواز: لا يرثه إلَّا من يعتق على الحرِّ إذا ملكه، وأما عم وابن عم؛ فلا، والسيد أحق منهم، وقاله عبد الملك، وقاله ابن القاسم مرةً، ثم قال هو وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ: يرثه من يرث الحر من عمٍّ أو غيره من نساء أو رجال.

وأما امرأته[5] فقال مالك مرةً: (إنها ترثه)، وآخرُ قوله: (إنها لا ترثه وتعتق فيما ترك[6]، ولا يتبع[7] بشيء استحسانًا)[8].

فوجه من قال: (إن الورثة يرثونه) هو أن كل مَنْ ورثه بعض ورثته بنسب، أو بسبب؛ ورثه جميعهم كالحر، ولأنهم مساوون له[9] في الحال والحرية[10]، فكان التوارث ثابتًا بينهم كالولد.

= المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 386.

(1) جملة (إذا ثبت ذلك؛ فإن... في ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) في (ك): (ولده)، وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) في (ك): (ولده).

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 303 و304.

(5) في (ك): (زوجته).

(6) ما بين يقابل كلمتي (فيما ترك) مطموس في (ز).

(7) في (ز): (يتبعه).

(8) قوله: (وقال ابن المواز: لا يرثه إلَّا من يعتق على الحر... بشيء استحسانًا) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 85.

(9) كلمتا (مساوون له) يقابلهما في (ك): (متساوون لهم)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(10) في (ز): (والحرمة)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

ووجه من قال: (يرثه الولد دون سائر الورثة) هو أن الولد يدخلون معه في الكتابة إذا حدثوا بعد عقدها، فاختصوا لذلك بالميراث بخلاف سائر الورثة[1].

قال ابن يونس: وإنما لم يرثه الأحرار؛ لأنه مات قبل أن تتم حرمته، فلا يرث الحر العبدَ[2].

والمواريث موضوعةٌ على تساوي الحرمة، وهذا مات[3] مكاتَبًا لا عبدًا على الإطلاق؛ فلا يرثه ولده الأحرار، ولا العبيد، ويرثه من يشركه في عقد[4] الكتابة[5].

"وبذلك قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه"[6].

ولم يرثه السيد؛ لأنه لم يمت عاجزًا [ز: 489/ ب] ولم ينحل العقد الذي عقد[7] له إذا ترك من يقوم له بأداء الكتابة، وورثه ولده الذين حدثوا[8] في الكتابة، أو كاتب عليهم؛ لأنهم ساووه في أحكامه[9].

[حكم الولد الذي يشتريه المكاتب]

(وإذا ابتاعَ المكاتبُ ولدًا له بإذن سيده؛ دخل معه في كتابته.

وليس له أن يبتاعَ ولده بغير إذن سيده.

فإن ابتاعَه بغير إذن سيده؛ لم يدخل معه في كتابته.

---

(1) قوله: (فوجه من قال: إن الورثة يرثونه... سائر الورثة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 388.

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 133.

(3) ما يقابل كلمتي (وهذا مات) مطموس في (ز).

(4) ما يقابل عبارة (يشركه في عقد) مطموس في (ز).

(5) قوله: (والمواريث موضوعةٌ على تساوي الحرمة... عقد الكتابة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 387.

(6) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: 4/ 403، برقم (21515) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(7) كلمة (عقد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

(8) في (ز): (دخلوا).

(9) قوله: (وبذلك قضى عمر بن الخطاب... في أحكامه) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 133.

وإن ابتاع غير ولده من أقاربه بإذن سيده؛ لم يدخل معه في كتابته، قاله ابن عبد الحكم. وقال ابن القاسم: يدخل معه في كتابته كل من يعتق على الحر إذا ملكه، إذا ابتاعه بإذن سيده)[1].

اعلم أنَّ المكاتبَ ليس له أن يبتاع ولده إلَّا بإذن سيده، قاله ابن القاسم، فإن اشتراهُ بغير [ك: **139**/ ب] إذن سيده؛ لم يدخل معه في كتابته، وإن اشتراه بإذن سيده؛ دخل معه في كتابته إذا لم يكن مع المكاتب غيره[2].

وحكى ابن حارث الاتفاق في هاتين المسألتين.

قال سحنون: فإن كان مع المكاتب غيره؛ لم يدخل الولد معه[3].

واختُلِفَ إذا اشترى المكاتَب أحدًا من قرابته بإذن سيده، هل يدخل معه في كتابته؟ أم لا؟

فقال ابن القاسم: كل من يعتق على الحر إذا ملكه يدخل مع المكاتَب في كتابته إذا اشتراه بإذن سيده[4].

وقال أشهب: لا يدخل معه في كتابته إذا اشتراه بإذن سيده إلَّا الوالد[5] والولد، ورواه عن مالك في "المستخرجة".

وقال غيره: لا يدخل معه إلَّا الولد وحده؛ لأن له استحداث الولد بالوطء، ولا يقدر على استحداث غيره من قرابته[6].

وكره مالك أن يشترى أحدًا من هؤلاء بغير إذن سيده.

---

(1) التفريع (الغرب): **2/ 15** و(العلمية): **1/ 339** و**340**.

(2) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): **3/ 275**.

(3) قول سحنون بنصِّه في الذخيرة، للقرافي: **11/ 322**.

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 242**.

(5) عبارة (إذا اشتراه بإذن سيده إلَّا الوالد) يقابلها في (ز): (إلَّا الولد إذا اشتراه بإذن سيده).

(6) ما يقابل عبارة (غيره من قرابته) مطموس في (ز).

وقوله: (وقال أشهب: لا يدخل معه في كتابته... من قرابته) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 117**.

قال ابن القاسم: فإن نزل؛ لم يفسخ[1].

(وإذا مات المكاتَب وترك ولدًا معه في كتابته؛ لم يوضع عنهم[2] شيءٌ لموته)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأن عتقهم معلقٌ بصفة وهي أداء جميع الكتابة، فإذا لم يحصل للسيد جميع الأداء؛ فالعتق غير واقع[4].

[في المكاتَب يترك مالًا فيه وفاء بكتابته]

(وإذا مات المكاتب عن مالٍ فيه وفاء بكتابته؛ فقد حلَّت كتابته، وليس لولده تأخيرها[5] إلى نجومها، فإن لم يكن فيه وفاءٌ؛ كان لهم أخذ المال والقيام بالكتابة على نجومها، وإن كانوا صغارًا لم يبلغوا السعيَ؛ أدَّى عنهم إلى بلوغهم[6]، وإن كان المال لا يبلغهم السعي[7]؛ رُقُّوا بموت والدهم)[8].

وأما قوله: **(وإذا مات المكاتَب عن مالٍ فيه وفاء بكتابته)** إلى قوله: **(رقوا بموت والدهم)**[9] فإنما قال ذلك؛ لأن الديون المؤجَّلة تحل بموت ....

(1) قوله: (وكره مالك أن يشتري أحدًا... لم يفسخ) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 274، وبنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 4019.

(2) كلمة (عنهم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في حاشية التفريع (الغرب).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 15 و16 و(العلمية): 1/ 340.

(4) جملة (أما قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأن... غير واقع) يقابلها في (ز): (أما قوله: (وإذا مات المكاتب) إلى قوله: (شيء لموته)، فإنما قال ذلك؛ لأن عتقهم معلق بصفة، وهي أداء جميع الكتابة فإذا لم يحصل للسيد جميع الأداء فالعتق غير واقع)، وقد جاءت متأخرة في نسخة (ز) بعد قوله: (رُقُّوا بموت والدهم).

وقوله: (لأن عتقهم معلقٌ بصفة وهو... غير واقع) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 388.

وجملة (شرح: وإنما قال ذلك؛ لأن... واقع) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) كلمة (تأخيرها) يقابلها في (ك): (أن يؤخروها)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) كلمة (بلوغهم) يقابلها في (ك): (بلوغ السعي)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) في (ك): (بالسعي).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 16 و(العلمية): 1/ 340.

(9) جملة (وأما قوله: (وإذا مات المكاتَب... بموت والدهم) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

من هي عليه[1].

ولأنَّا لو أبقينا المال في أيديهم وجعلنا لهم أداءَه على نجومه؛ كان في ذلك غررٌ؛ إذ يتلف المال بأيديهم فيرقوا بعد أن تعيَّن لهم العتق.

وإنما عتقوا عند الأداء؛ لحصول الصفة المتعلقة بالعتق وهي الأداء، ولأنَّ الأب لو كان حيًّا وأدَّى المال؛ لعتقوا[2] جميعًا، وكذلك إذا مات وترك مالًا فيه وفاءٌ بالكتابة.

[ز: 490/ أ] وإن كان المال الذي ترك لا وفاء فيه؛ نظر[3]، فإن كان الولد الذين[4] معه في الكتابة كبارًا يقوون على السعي، وقالوا: (نحن نأخذ المال ونسعى) لزم ذلك السيد؛ لأنهم يقومون مقام أبيهم، والعقد ثابت فيهم كما كان في الأب.

وإن كانوا صغارًا لا قوَّة لهم على السعي، فإن كان المال يبلغهم السعي؛ أدَّى عنهم إلى بلوغهم، ولزم ذلك السيد؛ [ك: 138/ أ] لأنهم غير عاجزين مع القدرة على الأداء، فإذا بلغوا؛ نُظر، فإن أمكنهم السعي وإلا رُقُّوا، وإن كان المال لا يبلغهم السعي؛ رُقوا ولم[5] يلزم السيد انتظارهم إلى وقت بلوغهم، كما لا يلزمه انتظار العبد إذا عجز إلى أن يكسب مالًا يؤدي منه[6].

واختُلِف هل يدفع المال لغير الولد إذا كان معه في الكتابة، ولم يكن في المال وفاء بالكتابة؟

فقال ابن القاسم: لا يدفع ذلك المال لغير الولد من قريب أو أجنبي، وليتعجَّله السيد من الكتابة، ويسعوا في بقيتها، فإن أدوا؛ عتقوا واتبع ذلك السيد الأجنبي بحصَّة ما

---

(1) قوله: (لأن الديون المؤجَّلة... هي عليه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 387.

(2) في (ز): (عتقوا).

(3) جملة (وإن كان المال الذي ترك لا وفاء فيه؛ نظر) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) في (ك): (الذي).

(5) في (ز): (ولا).

(6) من قوله: (وإنما عتقوا عند الأداء؛ لحصول الصفة المتعلقة) إلى قوله: (عجز إلى أن يكسب مالًا يؤدي منه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 387 و388.

أدَّى عنه من مال الميت[1].

وقال أشهب: يدفع ذلك المال الذي ترك إلى الولد وغيره من قريب أو أجنبي إذا كانوا مأمونين، وليس ذلك كالدَّين الثابت يحِل بموته، وهم كانوا يسعون لمكان الهالك وماله، وإذا أخذ عنهم ما ترك؛ ضعفوا وعجزوا، وإن لم يكونوا مأمونين؛ لم يتعجَّله[2] السيِّد أيضًا، ودفع المال إلى أمين، يؤدِّيه للسيد على النجوم[3].

[مكاتبة أكثر من عبد كتابة واحدة]

(ولا بأس أن يُكاتب الرجل عبيدًا له عدَّةً كتابةً واحدة، وبعضهم حملاء عن بعض؛ وسواء كانوا أجانب أو أقارب)[4].

وإنما قال ذلك؛ لأنه ألزم نفسه عتقهم بشرط الأداء كما لو أفردهم، ولأن الثمن معلومٌ في الجملة وإن لم[5] يوقف على تقسيطه[6] في الحال، كما لو باع ثلاثة أعبد بألف درهم؛ لجاز، وإن لم يعلم قسط كل واحدٍ منهم[7].

فإذا ثبت جواز كتابتهم؛ سعى كل واحدٍ منهم فيما ينوبه من الكتابة.

(ومن كاتبَ عِدَّة أعبُد له[8] كتابةً واحدة؛ لم يعتق بعضهم دون بعض.
فإن عجز واحدٌ منهم عمَّا يصيبه من الكتابة؛ كُلِّف أصحابه الأداء عنه، ولهم أن يرجعوا عليه بما أدُّوا عنه إذا كان أجنبيًّا، وإن كان ذا قرابةٍ ممن يعتق عليهم لقرابته؛

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 302.

(2) في (ز): (يتعجَّلها)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(3) قول أشهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 84 وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 133.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 16 و(العلمية): 1/ 341.

(5) كلمة (لم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(6) كلمتا (على تقسيطه) يقابلهما في (ز): (عليه يقسطه)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(7) قوله: (لأنه ألزم نفسه عتقهم بشرط... واحدٍ منهم) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 388.

(8) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

لم يرجعوا عليه بما أدُّوه[1] عنه)[2].

اعلم أنَّ مَن كاتبَ عبيدًا له كتابة واحدةً؛ لم يعتق واحدٌ منهم دون الآخر حتى يُؤدوا جميع الكتابة.

وقال الشافعي في أحد قوليه: من أدَّى منهم حصَّته؛ عتق[3].

ودليلنا أن عقدَ الكتابة عقدٌ واحد وقع بشرطِ الأداء، فإذا لم يحصل الأداء؛ لم يحصل العتق، كالمكاتب المنفرد[4].

فإن أدَّى بعضهم وعجز بعضهم عما يصيبه من الكتابة[5]؛ كُلِّف أصحابه الأداء عنه ورجعوا عليه بما أدوه عنه[6] إن كان أجنبيًّا، وإن [ك: 138/ ب] كان ذا قرابة منهم؛ لم يرجعوا بما أدوه عنه[7].

قال ابن القاسم: وإذا أدَّى أحدهم[8] الكتابة حالَّة[9]؛ رجع على أصحابه بحصصهم منها [ز: 490/ ب] على النجوم[10].

قال ابن يونس: يريدُ: على ما يقع على كل واحدٍ من الكتابة يوم عقدت[11] وهذا إذا كان الذي أدَّى عنهم أجانب.

وأمَّا إن كانوا أقارب فقال ابن القاسم: لا يرجع على من لو ملكه عتقَ عليه، ويرجع

---

(1) في (ك): (أدُّوا).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 16 و(العلمية): 1/ 341.

(3) قول الإمام الشافعي بنصِّه في المنتقى، للباجي: 8/ 370.

(4) قوله: (ودليلنا: أن عقد الكتابة عقدٌ واحد... كالمكاتب المنفرد) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 1000.

(5) ما يقابل كلمتي (من الكتابة) مطموس في (ز).

(6) جملة (ورجعوا عليه بما أدوه عنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) كلمة (عنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) في (ز): (بعضهم).

(9) كلمة (حالَّة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في تهذيب البراذعي.

(10) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 278.

(11) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 71.

على مَن سواهم من القرابات.

وقال أشهب: إذا كانوا[1] قرابةً؛ فلا يرجع عليهم بشيء كانوا ممن يعتقون[2] عليه أم لا؛ لأنَّ أداءه عنهم إنما هو على وجه التعطُّف والصِّلة.

وقال المغيرة: يرجع عليهم كائنًا ما كانوا؛ لأن أداءَه عنهم إنما هو من باب الحمالة[3].

(وإن مات واحدٌ منهم؛ لم يوضَع عمَّن[4] بقي منهم شيءٌ لموته)[5].

فإنما قال ذلك؛ لأن السيِّد شَرطَ عتقهم بأداء جميع الكتابة، فإذا لم يقع أداء الكتابة؛ لم يسقط عنهم شيءٌ، ولأنهم دخلوا في الكتابة دخولًا واحدًا، وبعضهم حملاء عن بعض، فلا يبالي بعد ذلك؛ مات منهم أحد أو لم يمت.

قال اللخمي: والقياس أن يسقط عنهم نصيبُ من مات؛ لأنَّ كل واحدٍ منهم اشترى نفسَه بما ينوبه من الكتابة، فمن[6] مات منهم في الرق سقط نصيبه[7].

(ولا بأس أن يعتق السيد كبيرًا منهم لا أداء فيه، أو صغيرًا لا[8] يبلغ السعي في الكتابة)[9].

وإنما قال ذلك؛ لأن بقاءَهم معهم في الكتابة لا فائدة فيه؛ إذ لا مال لهم، ولا قوة على الأداء.

---

(1) في (ز): (كان)، وما رجحناه موافق لما في استذكار ابن عبد البر.

(2) في (ك): (يعتق)، وما رجحناه موافق لما في استذكار ابن عبد البر.

(3) قوله: (فقال ابن القاسم: لا يرجع على من لو... باب الحمالة) بنصِّه في الاستذكار، لابن عبد البر: 7/ 414.

(4) في (ك): (لمن)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 16 و(العلمية): 1/ 341 و342.

(6) في (ز): (فإذا).

(7) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3978 و3979.

(8) في (ز): (لم)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(9) التفريع (الغرب): 2/ 16 و(العلمية): 1/ 342.

ولا يحطُّ عنهم لأجله شيءٌ، فإن كان الصبي يبلغ السعي قبل انقضاء الكتابة، وكان ممن عقدت عليه؛ لم يعتق إلَّا برضا أصحابه، ويحط عنهم ما ينوبه.

وإن ولد بعد العقد وصار له مالٌ؛ لم يعتق إلَّا برضا من معه؛ لأنَّ ماله قوة له إن احتيجَ إليه.

ولا يحط لأجله شيء؛ لأنه لم يكن عليه شيءٌ منها في حين العقد[1].

[في عتق السيد بعض من له قوة على السعي في أداء الكتابة]

(ولا يجوز أن يعتق منهم مَنْ له قوة على السعي معهم إلَّا بإذنهم.

وقد قيل: ليس له عتقه وإن أذنوا له[2] فيه.

فإن أعتقه بإذنهم على إحدى الروايتين؛ سقط عنهم قدر ما يصيبه من الكتابة)[3].

اختُلِفَ فيمن كاتب عبيدًا له كتابة واحدةً ولهم قوةٌ على السعي، فأراد أن يعتق واحدًا منهم هل له ذلك؟ أم لا؟

فقال ابن القاسم: ليس له عتقُ أحدهم ويُردُّ ذلك إن فعلَ؛ وذلك لحقِّ أصحابه الذين معه في الكتابة، فإن رَضِيَ أصحابه [ك: 137/ أ] وكانوا قادرين على السعاية؛ جاز عِتقه، ويوضع عن الباقين حصَّة المعتَق من الكتابة، ويسعون فيما بقي إن كانوا جماعة.

وإن كان واحدًا؛ سعى فيما بقي، ولا يسعى معه المعتَق.

ولو أجاز على أن يسعى معه المعتَق فيما بقي عليه؛ لم يجز العِتق، وسعيا جميعًا في باقي الكتابة.

وقال ربيعة: لا يجوز للسيِّد أن يعتق أحدهم أو يقطعه، وإن أذن في ذلك أصحابه، ويرد إنْ فعله؛ لأنَّ سعاية المعتَق وماله عونٌ [ز: 491/ أ] لأصحابه[4].

(1) قوله: (ولا يحطُّ عنهم لأجله شيءٌ... العقد) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3985.

(2) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 16 و(العلمية): 1/ 342.

(4) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 243 و244 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 279 و280.

قال سحنون: وهذا أعدل[1].

فإذا رد عتق من أعتقه السيد؛ أمرناه بالسعي والبقاء على الكتابة، فإن أدوا جميعًا؛ عتقوا، وإن عجزوا عن السعي؛ لزم السيد عتق من كان أعتقه منهم؛ كقول مالك فيمن أعتق عبده وعليه دَينٌ فردَّ غرماؤه عتقه، ثم أَيسَر العبدُ قبل بيعه، فأدَّى إلى الغرماء حقهم: (إن العبد يعتق بالعتق الأول).

قال سحنون: ومثل ذلك مَن أخدم عبده أو أجَّره، ثم أعتقه قبل تمام المدة، فلم يجز المخدم العتق[2]؛ فالعتق[3] موقوفٌ، فإذا تمَّت المدة؛ عتق العبد بالعتق الأول[4].

قال أصبغ: وإذا أعتق أحد المكاتبين ولم يجز الباقون ذلك، فسعى معهم، ثم عجزوا؛ عتق الذي كان أعتق السيد، ولا يرجع على سيده بما كان أدَّاه له بعد[5] عتقه، وذلك كالغلة.

وكذلك لو أدَّى معهم حتى عتقوا؛ لم يرجع على سيده بشيءٍ مما أدَّى بعد عتقه، مما كان ينوبه إلَّا أن يكون له فضلٌ؛ فيرجع به على أصحابه[6].

ولأنَّ السيِّد لمَّا رد فعله؛ بقي العبد مكاتبًا على حاله، فما أخذ منه كان كالغلة[7].

---

(1) قوله: (قال سحنون: وهذا أعدل) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 75.

(2) كلمة (العتق) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ز): (فالعبد).

عبارة (المخدم فالعتق) يقابلها في (ز): (المخدم العتق؛ فالعتق)، وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(4) قوله: (فإذا رد عتق من أعتقه السيد... الأول) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 279 وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 74.

(5) في (ز) و(ك): (قبل)، وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد وجامع ابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 74.

(6) قول أصبغ بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 88.

(7) قوله: (ولأنَّ السيِّد لما رد فعله... كالغلة) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 74 و75.

[تقسيط الكتابة على قدرِ القوة على السعي]

(والكتابة مقسَّطة بين المكاتبين على قدر قوَّتهم على السعي فيها، ولا يُراعى في ذلك قيمتهم)[1].

اختُلف في كيفية الفضِّ عليهم، فقال ابن القاسم: وإذا كاتب الرجلُ عبيدَه[2] كتابةً واحدة؛ قسمت الكتابة عليهم على قدر قوتهم عليها، وأدائهم لا على قيمة رقابهم[3].

وقال مالك في كتاب ابن المواز: تفض الكتابة بينهم[4] على قدر غنائهم ورجائهم يوم[5] عقدت[6] لهم الكتابة، فقد يكون من لا يملك اليوم شيئًا أرجى بعد اليوم مما عندهم الغنى اليوم، فيجعل على كل واحد منهم بقدر ما[7] كان يطيق.

وقال ابن الماجشون: تفض على العدد، وكذلك إن استحق أحدهم وهم أربعة؛ سقط[8] عنهم ربع الكتابة[9].

[حكم الحمالة في الكتابة]

(ولا تجوز الحمالة بالكتابة، ومن تحمَّل بذلك؛ لم تلزمه الحمالة)[10].

[ك: 137/ ب] وإنما قال ذلك؛ لأنه ليس بدَّين ثابت[11]؛ ألا ترى أنه لا

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 16 و(العلمية): 1/ 342.

(2) في (ز): (عبدَه)، وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(3) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 241 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 278.

(4) في (ز): (عليهم).

(5) في (ك): (يومئذٍ).

(6) في (ز): (عقدته).

(7) كلمتا (بقدر ما) يقابلهما في (ز): (بما).

(8) في (ز): (ليسقط).

(9) قوله: (وقال مالك في كتاب ابن المواز: تفض الكتابة بينهم... ربع الكتابة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 79.

(10) التفريع (الغرب): 2/ 16 و(العلمية): 1/ 342.

(11) قوله: (لأنه ليس بدَّين ثابت) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 204.

يتحاص بها.

قال ابن وهب: قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أنَّ العبد إذا كاتبه سيده؛ لم ينبغ أن يتحمل له أحد بكتابته إن مات أو عجز، وليس هذا من سنَّة الكتابة؛ لأنَّ الكتابة ليست بدَّين ثابت، فإن مات المكاتب أو عجز؛ لم يرجع الحميل بشيء مما أدَّى، وهذا من أكل المال بالباطل(1).

وقال ابن عبد الحكم: لا بأس بالحمالة بالكتابة، كما لو تحمَّل رجل عن عبد غير مأذون له بالتجارة بمال، أو عن رجل في ولاية؛ فإن ذلك يلزمه، وإن ذهب ماله باطلًا؛ فهو الذي رضي به(2).

[المعاملات التي يمنع منها المكاتَب]

(ويمتنع المكاتَب من العتق والصدقة والهبة(3)، إلَّا بإذن سيده، ويحتمل ألَّا يجوز ذلك، وإن أذن له سيده)(4).

وإنما قال ذلك؛ لأن ذلك يؤدي إلى تعجيزه(5).

[هل للمكاتب تعجيز نفسه؟]

(وليس للمكاتَب أن يعجز نفسه.

وقد قيل: له ذلك إذا لم يكن له مالٌ ظاهر)(6).

اختُلِفَ في المكاتَب يريد أن يعجز نفسه ويرضى السيد بذلك، هل له ذلك؟ أم لا؟

---

(1) الموطأ، للإمام مالك: 5/ 1152 والمدونة (صادر/ السعادة): 3/ 245.

(2) قوله: (وقال ابن عبد الحكم: لا بأس بالحمالة بالكتابة... رضي به) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 114.

(3) جملة (الحمالة بالكتابة، ومن تحمَّل بذلك؛ لم تلزمه... والصدقة والهبة) يقابلها في (ز): (عتق المكاتب ولا صدقته ولا هبته).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 17 و(العلمية): 1/ 342 و343.

(5) قوله: (لأن ذلك يؤدي إلى تعجيزه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 385.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 17 و(العلمية): 1/ 343.

فقال مالك: ليس له ذلك إذا كان له مال ظاهر، فإن لم يكن له مال ظاهر؛ جاز ذلك[1] له، فإنْ ظهر له بعد ذلك أموالٌ كتمها؛ لم يرجع عمَّا رضي به.

وقال أيضًا: ذلك له، وإن كان ذا مال ظاهر[2].

وقال سحنون: ليس له ذلك، وإن لم يكن له مال ظاهر، ولا يعجزه إلَّا السلطان[3].

قال ابن يونس: فصار في المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها أنه لا يعجزه إلَّا السلطان[4] على كل حال.

والآخر أنَّ له أن يعجز نفسه على كل حال.

والثالث أنه[5] إن كان له [ز: **491**/ ب] مالٌ؛ لم يعجز نفسه، وإن لم يكن له مالٌ؛ عجز نفسه، وهو أصوبها[6].

فوجه القول الأول هو أن الكتابةَ نوعٌ من العتق، وقد تعلَّق للمكاتب حقٌّ، ولله سبحانه حقٌّ؛ فليس لهما أن يتراضيا بفسخ العتق ورد الرقبة إلى الرق[7].

ووجه القول الثاني هو أنها مبايعةٌ فأشبهت الإجارة.

ووجه القول الثالث هو أنه[8] إذا كان له مالٌ ظاهر، فالأداء متحقق والعجز متيقن[9]، فلم يكن له ذلك، وإن لم يكن له مال ظاهرٌ؛ فذلك دليلٌ على العجز، فكان ذلك له.

قال ابن المواز: وإنما له أن يعجز نفسه إذا كان وحده، فأمَّا إذا كان معه ولدٌ؛ فلا

---

(1) كلمتا (جاز ذلك) يقابلهما في (ز): (فذلك).

(2) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): **3/ 247** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 281** و**282**.

(3) قول سحنون بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13/ 77**.

(4) جملة (قال ابن يونس: فصار في المسألة... إلَّا السلطان) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

(5) كلمة (أنه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 80**.

(7) قوله: (أن الكتابةَ نوعٌ من العتق... إلى الرق) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 390**.

(8) جملة (أنها مبايعةٌ فأشبهت... هو أنه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(9) كلمتا (والعجز متيقن) يقابلهما في (ز): (والعجز غير متيقن)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

تعجيز له، ويؤخذ بالسعي عليهم صاغرًا.

ولو تبيَّن منه لددٌ رأيتُ عقوبته، فإن كان له مال ظاهر؛ فلا تعجيز له، ويؤخَذ ماله فيعطى لسيده شاء أو أبى.

أبو محمد: يريد: بعد محله ويعتق هو وولده(1).

[فيما لا يمنع منه المكاتَب من المعاملات]

(ولا يمنع المكاتَب من البيع والشراء والإجارة والمضاربة، ولا(2) من كتابة عبده، ولا من أمته)(3).

وإنما قال [ك: **136**/ أ] ذلك؛ لأنَّ ذلك(4) مما يعينه على أداء الكتابة، فلو لم يبح له ذلك لم يحصل له العتق، ولأنَّ السيد دخل على ذلك؛ فلا يمنع منه.

[سفر المكاتَب وزواجه]

(ولا يسافر المكاتَب إلَّا بإذن سيده، ولا يتزوَّج إلَّا بإذن سيده.
وليس لسيد المكاتَب أن ينتزع شيئًا من ماله)(5).

اختُلِفَ في سفر المكاتَب بغير إذن سيده؛ فمَنَعَه مالك وقال(6): لا يسافر المكاتَب بغير إذن سيده(7)؛ إذ قد تحل نجومه وهو غائب.

(1) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13**/ **77**.
(2) في (ك): (ولكن)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.
(3) التفريع (الغرب): **2**/ **17** و(العلمية): **1**/ **343**.
(4) كلمتا (لأنَّ ذلك) يقابلهما في (ك): (لأنَّه).
(5) جملة (ولا يتزوج إلَّا بإذن سيده... من ماله) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز) وما أثبتناه في طبعتي التفريع.
و التفريع (الغرب): **2**/ **17** و(العلمية): **1**/ **343**.
(6) جملة (اختلف في سفر المكاتَب... مالك وقال) يقابلها في (ز): (أما قوله: (ولا يسافر المكاتب إلَّا بإذن سيده) فهذا مما اختُلف فيه، فقيل).
(7) جملة (المكاتَب بغير إذن سيده) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

وقال ابن القاسم: أمَّا ما قرب من السفر مما ليس على سيده فيه إذا غاب كثير مشقَّة بحلول نجم أو غيره؛ فلا[1].

وقوله[2]: (**ولا يتزوج إلَّا بإذن سيده**) فإنما[3] قال ذلك؛ لأن ذلك يعينه إذا رجع إلى سيده، فإن فعل؛ فللسيد فَسخُه، وإن رضي السيدُ بذلك؛ جاز.

وقال أشهب: إن كان معه أحدٌ في الكتابة؛ فلا يجوز وإن أذن له سيده؛ إلَّا أن يرضى من معه في الكتابة، إلَّا أن يكون الذين معه في الكتابة صغارًا فيفسخ على كل حال، ويترك لها إنْ دخل بها ثلاثة دراهم ولا يتبع[4] إن عتق[5] بما بقي[6].

وقوله[7]: (**وليس لسيد المكاتب أن ينتزع شيئًا من ماله**) فإنما[8] قال ذلك؛ لأن في انتزاعه لماله إبطالًا لعقد كتابته، ولأنه إذا لم يكن له تعجيزه؛ لم يكن له ما يؤدي إليه[9].

[في تعجيل الكتابة]

(**وللمكاتَب أن يعجِّل كتابته، وليس للسيد أن يمتنع من قبضها منه**)[10].

وإنما قال ذلك؛ لأن الأجل حقٌّ للمكاتب ورفقٌ به[11]، فإذا رضي بإسقاطه؛ كان

---

(1) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 249.

(2) في (ك): (أصل).

(3) كلمتا (سيده فإنما) يقابلهما في (ك): (سيده شرح فإنما).

(4) في (ز): (يمنع).

(5) في (ز) و(ك): (عجز)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس وتوضيح خليل: 8/ 449.

(6) قول أشهب بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 85.

(7) في (ك): (أصل).

(8) كلمتا (ماله فإنما) يقابلهما في (ك): (ماله شرح فإنما).

(9) قوله: (لأن في انتزاعه لماله إبطالًا... يؤدي إليه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 391.

(10) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.
التفريع (الغرب): 2/ 17 و(العلمية): 1/ 343.

(11) كلمتا (ورفقٌ به) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

ذلك له[1].

قال مالك: وذلك[2] هو الأمر المجتمع عليه عندنا.

وقد أتى إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه مكاتَب بكتابته، وذكر أنَّ سيده لم يقبلها، فقال عمر: "خذها يا يرفأ وضعها في بيت المال، [ز: 492/ أ] واذهب فأنتَ حرٌّ"، فلما رأى ذلك مولاه قبضها[3].

[في تعجيل بعض الكتابة]

(ولا بأس أن يعجل المكاتَب بعض كتابته، وأن يضع السيد عنه[4] بعضها.
ولا بأس أن يضع بعضًا[5] ويؤخر بعضًا[6]، وذلك بخلاف الديون الثابتة)[7].

وإنما قال ذلك؛ لأنها ليست بدين حقيقةً؛ ألا ترى أنه إذا عجز رقَّ[8]، وأن السيد لا يحاصُّ بها غرماء المكاتب في فلس ولا موت[9].

---

(1) قوله: (لأن الأجل حقٌّ للمكاتب... ذلك له) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 386.

(2) في (ز): (وهذا).

(3) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 242.

والأثر رواه عبد الرزاق في مصنفه: 8/ 404، برقم (15713). وابن أبي شيبة في مصنفه: 4/ 503، برقم (22548).

والبيهقي في سننه الكبرى: 10/ 561، برقم (21709) جميعهم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(4) كلمتا (السيد عنه) يقابلهما في (ك): (عنه سيده).

(5) عبارة (ولا بأس أن يضع بعضًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) في (ز): (بعضها).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 17 و(العلمية): 1/ 344.

(8) قوله: (لأنها ليست بدين... عجز رقَّ) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 204.

(9) قوله: (وأن السيد لا يحاصُّ بها... ولا موت) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 61.

[ولاء المكاتب بعد الأداء]

(وولاء المكاتب بعد أدائه لسيده، وللذكور من ولده بعد موته[1]، ولا يرث النساء شيئًا من الولاء)[2].

اعلم أن السيد إذا كاتبَ عبدَه، وأدَّى العبدُ كتابته كان له ولاؤه؛ لأنه هو الذي عقد له الكتابة، والكتابة عتق إلَّا أنه عتق بمال.

ولا فرق بين أن يعتقه بمال أو بغير مال في ثبوت [ك: 136/ ب] الولاء.

فإن مات السيد وتركَ أولادًا ذكورًا وإناثًا؛ كان الولاءُ للذكورِ من ولده دون الإناث[3]؛ لأن الإناثَ لا يرثن من الولاء شيئًا؛ لقول النبي ﷺ: «**لَا تَرِثُ النِّسَاءُ مِنَ الْوَلَاءِ شيئًا إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ**»[4]، أو ولد من أعتقن من ولد الذكور دون الإناث[5].

قال سحنون: وعلى ذلك وقع الإجماعُ أن النساءَ لا يرثن من الولاء شيئًا إلَّا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو ولد من أعتقن، وإن سفل من ولد الذكور خاصةً؛ كان ذلك الولد ذكرًا أو أنثى[6].

والعلة في منع ميراثهنَّ من الولاء هي أن الولاء إنما يُورث بالتعصيب المحض، والنساء لا تعصيب فيهن؛ فلم يرثن بالولاء[7].

---

(1) كلمتا (بعد موته) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه موفق لما في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 17 و(العلمية): 1/ 344.

(3) قوله: (فإن مات السيد وتركَ أولادًا... دون الإناث) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 370.

(4) لم أقف عليه مرفوعًا، والذي وقفت عليه رواه الدارمي مقطوعًا: 4/ 2015، في باب ما للنساء من الولاء، من كتاب الفرائض، برقم (3191).

وابن أبي شيبة في مصنفه: 6/ 289، برقم (31506) كلاهما عن الحسن رَحِمَهُ اللَّهُ.

(5) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 381.

(6) قول سحنون بنصِّه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): 4/ 206.

(7) قوله: (والعلة في منع ميراثهنَّ من الولاء... يرثن بالولاء) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 370 و371.

[في الوصية بوضع كتابة المكاتب]

(ومن وضع عن مكاتَبٍ كتابته في وصيته؛ جعل في ثلثه الأقل من قيمة كتابته، أو قيمة رقبته.

فإن خرج ذلك من ثلثه؛ عتق[1] كله، وإن خرج[2] بعضه؛ عتق منه بقدر ما حمله ثلث سيده)[3].

اختُلِفَ فيمن أوصى بوضع كتابة مكاتب وماتَ هل يجعل في ثلثه الأقل من قيمة الرقبة؟ أو الكتابة نفسها؟

فقال ابن القاسم: يجعل في الثلث الأقل من قيمة الكتابة، أو قيمة الرقبة على أنه عبدٌ مكاتبٌ كما لو قتل، وقاله[4] ابن نافع.

وقال أكثر الرواة: يجعل في الثلث الأقل من قيمة الرقبة أو الكتابة نفسها[5].

قال عبد الوهاب: وإنما راعينا[6] [أقل][7] الأمرين احتياطًا للعتق، ولأن تبعيضَه غير جائز، وتكميله واجبٌ، ولا يتوجه في ذلك للورثة[8] مقالٌ؛ لأنَّا لو قدَّمنا الكتابة لكونها أقل من الرقبة؛ فلا مقال لهم؛ لأنَّ السيد لم يكن يملك من المكاتَب سوى الكتابة.

وإن قدَّمنا قيمة الرقبة لكونها أقل من قيمة الكتابة؛ فلا مقال لهم أيضًا؛ لأن المكاتَب لو عجز عن كتابته[9] لم يكن للسيد قيمةٌ ولا لورثته سوى رقبته، فلم يكن لهم

(1) في (ز): (أعتق).

(2) في (ز): (حمل)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 17 و(العلمية): 1/ 344.

(4) في (ز): (وقال).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 300.

(6) في (ز): (راعيت).

(7) كلمة (أقل) ساقطة من (ز) و(ك) وقد أتينا بها من معونة عبد الوهاب.

(8) عبارة (في ذلك للورثة) يقابلها في (ك): (للورثة في ذلك) بتقديم وتأخير.

(9) في (ز): (الكتابة)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

اعتراض في الوجهين.

فإذا ثبت ذلك وجعلنا في الثلث الأقل من قيمة الرقبة، أو [ز: 492/ ب] قيمة الكتابة على أحدِ القولين، أو قيمة الرقبة أو الكتابة نفسها على القول الآخر[1] وحمل ذلك الثلث؛ جازت الوصية وعتق كله.

وإن لم يحمل ذلك ثلثه؛ عتق منه بقدر ما حمله ثلث سيده، ووضع عنه من الكتابة بقدر ما عتق من رقبته، وكان ما بقي مكاتبًا بما بقي من كتابته، فإن أدَّاه؛ عتق، وإن عجز عنه؛ رقَّ باقيه ولم يرق ما كان عتَقَ منه بالوصية[2].

(وإن وضع عنه بعض كتابته، ولم يحمل ذلك ثلث سيده؛ جعل في ثلثه الأقل [ك: 135/ أ] **مما أوصى[3] له[4] به، أو ما قابله من رقبتة، ثم عتق من رقبته بقدر ما خرج من ثلثه، ووضع عنه من كتابته بقدر ما عتق[5] من رقبته، وكان ما بقي مكاتبًا بما بقي من كتابته، فإن أدَّاه؛ عتق كله، وإن عجز عنه؛ رقَّ باقيه، ولم يرق ما كان عتق منه)**[6].

اعلم أنَّ من أوصى أن يوضَع عن مكاتَبه نجمٌ من نجومه؛ قوِّم ذلك النجم وسائر النجوم بالنقد، فيقال: ما يسوى هذا النجم بالنقد؟ ويذكر أجله وعدده، فيعلم ذلك وما يسوى جميع النجوم، ومحل كل نجم منها بالنقد[7].

فإن كانت قيمة ذلك النجم خمسين، وقيمة بقية النجوم على آجالها[8] خمسين؛ علمت أن الوصية له بنصف رقبته؛ فيجعل في الثلث الأقل من نصف قيمة[9] رقبته، أو

(1) جملة (أو قيمة الرقبة أو الكتابة... القول الآخر) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 391.

(3) في (ك): (وصَّى).

(4) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) في (ز): (أعتق).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 17 و18 و(العلمية): 1/ 344 و345.

(7) قوله: (من أوصى أن يوضَع عن مكاتَبه... منها بالنقد) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 301 وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 124.

(8) كلمتا (على آجالها) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

(9) كلمتا (نصف قيمة) يقابلهما في (ز): (قيمة نصف) بتقديم وتأخير.

قيمة ذلك النجم، فأي ذلك حمل الثلث؛ عتق نصفه، ووضع عنه ذلك النجم[1] بعينه، وكذلك نعمل في النجم الآخر، والأوسط[2].

قال ابن يونس: فبقدر حصة ذلك النجم من جميع الكتابة يُعتق الآن من رقبة المكاتب، ويوضع عنه ذلك النجم بعينه إنْ حمله الثلث، ويسعى فيما بقي من كتابته.

فإن لم يحمله الثلث؛ خُيِّر الورثة أن يضعوا عنه ذلك النجم ويعتقوا بعضه، وبين أن يعتقوا من رقبته محمل الثلث، ويحط عنه من كل نجمٍ بقدر ما عتق منه.

فإن كان الذي أعتق منه الثلثين؛ وُضع عنه من كل نجمٍ ثلثاه ولا يحط عنه النجم المعيَّن إذا لم يحمله الثلث، ولم يجز الورثة؛ لأنَّ الوصية قد حالت عن وجهها[3].

[حال المكاتب كحال العبد طالما لم يؤد كتابته]

(وحال المكاتب قبل أداء كتابته حال العبد في جراحه وحدوده وطلاقه وشهادته وقذفه وفي نفي[4] وجوب القصاص عن قاتله من الأحرار، ووجوب قيمته لسيده على مَنْ قتله)[5].

والأصل في ذلك قول النبي ﷺ: «**الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ**» خرجه النسائي[6]، فحكم له بحكم العبد ما دام يؤدِّي الكتابة، ولأن الحرية لم تكمل له؛ لإمكان أن يعجز فيعود إلى الرق.

وإذا ثبت هذا؛ ثبتَ له حكم الأرقَّاء في جراحه وحدوده، وجميع أحكامه، ولأن أم

---

(1) جملة (فأي ذلك حمل... ذلك النجم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

(2) قوله: (فإن كانت قيمة ذلك النجم خمسين... الآخر، والأوسط) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13/ 90** وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 90**.

(3) انظر: الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 124**.

(4) الجار والمجرور (وفي نفي) يقابلهما في (ز): (ونفي).

(5) التفريع (الغرب): **2/ 18** و(العلمية): **1/ 345**.

(6) تقدم تخريجه فيما يُستحب ستره للأمة من كتاب الصلاة: **38/2**.

الولد أكمل حرمة منه؛ لأن الحرية لها متيقَّنة، ومع ذلك فأحكامها فيما ذكرنا[1] أحكام الأرقاء، فالمكاتب بأن يكون حكمه أحكام الأرقاء أَوْلَى[2].

[الجناية على المكاتب]

(وإذا جُنيَ على [ز: 493/ أ] المكاتَب جناية لها أرشٌ؛ [ك: 135/ ب] أخذ أرشها، فوقف بيدي عدلٍ، فإن أدَّى كتابته[3]؛ أخذ أرش جنايته، وإن عجز عنها[4]؛ استعان بذلك في باقي[5] كتابته)[6].

اختُلِفَ في المكاتَب إذا جُني عليه جناية لها أرش هل للسيد أن يتعجَّله؟ أم لا؟

فالمشهور من المذهب أن للسيِّد أن يتعجَّله.

وذكر[7] ابن الجلَّاب أنه يُوقف بيدِ عدلٍ، فإن أدَّى كتابته أخذ أرش جنايته، وإن عجز؛ استعانَ بذلك في كتابته[8].

والأحسن دفعه إلى السيد ويحاسبه به في آخر النجوم، وإن لم يكن فيه وفاءٌ بالكتابة؛ إذ قد يتلف بيد من أوقف بيده ويعجز المكاتَب فيرجع معيبًا.

وإذا قلنا: (إن للسيد أن يأخذه) فإن كان كفافًا بالكتابة؛ كان حرًّا، وإن كان فَضْل أخذه المكاتَب؛ لأنه لم يكن للسيِّد عليه إلَّا الكتابة؛ فلا كلام له في غيرها، وإن كان أقل من الكتابة؛ حاسَبه من آخر النجوم، وليس للمكاتَب أن يأخذه يتَّجر فيه؛ لأنه ثمنٌ عما

---

(1) في (ك): (ذكرت).

(2) قوله: (فحكم له بحكم العبد ما دام يؤدِّي... الأرقاء أَوْلَى) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 391 و392.

(3) في (ز): (الكتابةَ)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) كلمة (عنها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) كلمة (باقي) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 18 و(العلمية): 1/ 345.

(7) في (ز): (وحكى).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 18 و(العلمية): 1/ 345.

نقص منه[1].

ولأن من حجَّة السيد أن يعجز المكاتَب فيرجع إليه معيبًا[2].

وقيمته إذا جُنِي عليه، أو قُتِل[3] قيمة عبد لا كتابة فيه؛ إلَّا أن تكون قيمته مكاتبًا أكثر، فتكون له قيمته مكاتبًا[4]؛ لأنه كان قادرًا على بيعه مكاتبًا[5].

[في المكاتَب يجني على غيره]

(وإن جَنى جنايةً على غيره، فإن أدَّى أَرْشَهَا؛ ثبت على كتابته.

وإن عجز عن ذلك؛ فقد عجز عن كتابته، ويُخيَّر السيد في افتكاكه بأرش جنايته، وفي إسلامه إلى المجني عليه؛ ليكون رقيقًا له)[6].

اعلم أنَّ المكاتَب إذا جنى على غيره جناية لها أرش؛ [بقي][7] على كتابته، وإن عجز عنها فقد عجز عن كتابته، وخيِّر السيِّد في افتكاكه بأرش جنايته وبإسلامه إلى المجني عليه؛ ليكون رقيقًا له.

قال مالك: وذلك أحسن ما سمعت في جناية المكاتَب.

قال مالك: ولا ينجم عليه الأرش كما ينجم على العاقلة[8].

ابن وهب: قال عطاء وابن شهاب: بذلك مضت السُّنة[9].

---

(1) قوله: (والأحسن دفعه إلى السيد ويحاسبه به... منه) بنحوه في الذخيرة، للقرافي: 12/ 248.

(2) في (ك): (معينًا).

(3) عبارة (جني عليه، أو قتل) يقابلها في (ك): (قتل، أو جني عليه) بتقديم وتأخير.

(4) عبارة (أكثر، فتكون له قيمته مكاتبًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.

(5) قوله: (وقيمته إذا جُني عليه، أو قُتل... بيعه مكاتبًا) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 11/ 6350 و6351.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 18 و(العلمية): 1/ 345.

(7) ما بين المعكوفتين غير قطعيِّ القراءة في (ك) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب.

(8) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 370.

(9) قوله: (ابن وهب: قال عطاء وابن شهاب: بذلك مضت السنة) بنصِّه في الجامع، لابن يونس =

وكذلك لو كانت الجناية قتل نفس جعلت الدية -أيضًا- حالَّة.

وقال في "العتبية" في مكاتَب يقتل رجلًا خطأً فيفتديه سيده بالدية: إنها تنجم عليه ولا تلزمه حالَّة[1].

وإذا عجز المكاتَب عن أداء العقل، فأدَّاه عنه سيده، فإن لم يقوَ على الجناية؛ رقَّ مكانه، وكذلك إن جنى على سيده ولم يعجل له الأرش؛ عجزه[2].

قال بعض فقهائنا: إن أدَّى عنه سيده الأرش على ألَّا يرجع عليه بما أدَّى؛ بَقِيَ على حاله [ك: 134/ أ] مكاتبًا؛ لأن الجناية سقطت، فإن أدَّى عنه على أن يتبعه؛ فعلى مذهب من يرى أنه يجبره على الكتابة؛ يجوز ذلك، وتكون كتابة من السيد مبتدأة.

وعلى مذهب من يرى أنه لا يجبره على الكتابة؛ يرجع إليه رقًّا؛ لأنه قد عجز عن الأرش؛ فوجب إرقاقه وقد دفع عنه السيد ذلك فداء له[3].

[في المكاتبين كتابة واحدة يجني أحدهم جناية]

(وإذا كاتب الرجل عبيدًا له عدَّة [كتابة واحدة][4]، فجنى واحد منهم جناية، فإن أمكنه أداء أرشها؛ ثبت على كتابته مع أصحابه، وإن عجز عنها؛ قيل لأصحابه: أدوا ذلك عنه واتبعوه به، فإن عجزوا[5] عن ذلك؛ بطلت كتابتهم كلهم، وخيِّر السيِّد في افتكاك الجاني وحده، وفي إسلامه إلى المجني عليه)[6].

= (بتحقيقنا): 11/ 485.

(1) قوله: (وكذلك لو كانت الجناية... تلزمه حالَّة) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 11/ 6346.

(2) قوله: (وإذا عجز المكاتَب عن أداء... الأرش؛ عجزه) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 370 و371.

(3) قوله: (قال بعض فقهائنا: إن أدَّى عنه سيده... فداء له) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 485.

(4) كلمتا (كتابة واحدة) ساقطتان من (ك) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا بهما من طبعتي التفريع.

(5) في (ك): (عجز) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) من قوله: (شرح: اعلم أن المكاتب إذا جنى على غيره) إلى قوله: (وحده وفي إسلامه إلى المجني =

اعلم أن السيِّد إذا كاتب عبيدًا له عدةً كتابةً واحدة، فجنى واحدٌ منهم جنايةً، فإن أمكنه أداء أرشِها؛ ثبتَ على كتابته مع أصحابه، وإن عجز عنها؛ قيل لأصحابه: أدُّوا ذلك عنه حالًا واتبعوه بها، فإن عجزوا عن ذلك؛ بطلت كتابتهم كلهم وخُيِّر السيد في افتكاك الجاني، وفي إسلامه إلى المجني عليه؛ ليكون رقيقًا له.

قال ابن يونس: ولو أدَّى الذين معه الأرش ثم عتق؛ رجع به عليه إلَّا أن يكون ممن يعتق عليه إذا ملكه؛ فلا يرجع عليه بشيءٍ كأدائه عنه[1] الكتابة[2].

[حكم ولد المكاتبة]

(ومن كاتب أمةً له؛ فوَلدُها من زوجها بعد كتابتها بمنزلتها مُكاتبٌ يعتق بعتقها، ويرقُّ برقِّها)[3].

اعلم أنَّ مَن كاتب أمةً له؛ فولدُها من زوجها مكاتَب بمنزلتها يعتق بعتقها ويرق برقها، وتلك[4] السُّنة.

وذكر ابن يونس الإجماع، فقال: أجمعوا على أنَّ حمل كل ذات رحمٍ إذا كان من زوج أنه بمنزلتها، وإن كان من ملكٍ؛ فمنزلته منزلة أبيه في الحرية والرق[5].

[حكم حمل الأمة المكاتبة]

(ومَن كاتب أمةً له حاملًا؛ فحملها داخل في كتابتها)[6].

وإنما قال ذلك؛ لأنه بعضٌ منها، ولا يصحُّ أن يُكاتب البعض ويترك البعض.

=

عليه) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

التفريع (الغرب): 2/ 18 و(العلمية): 1/ 345.

(1) كلمة (عنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

(2) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 494.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 18 و19 و(العلمية): 1/ 345 و346.

(4) في (ز): (وذلك).

(5) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 167

(6) التفريع (الغرب): 2/ 19 و(العلمية): 1/ 346.

وحكى ابن حارث [ز: 493/ ب] الاتفاقَ على ذلك.

واختلفوا إذا كاتبها على أنه بالخيار، فقال ابن القاسم: ولدُها تبعٌ لها في الكتابة والبيع.

وقال أشهب: هم للسيد في الكتابة والبيع.

[حكم وطء المكاتبة]

(**ولا يجوزُ للرجل أن يطأ مُكاتَبَتَه قبل عجزها، فإذا عجزت؛ جاز له وطؤها.**
فإن وطئها قبل عجزها؛ فلا حدَّ عليه، وإن لم تحمل؛ فهي على كتابتها[1]**، وإن حملت؛ فهي بالخيار إن شاءت فسخت كتابتها، وكانت أمَّ ولد** [ك: 134/ ب] **لسيدها، وإن شاءت أدَّت كتابتها وعتقت بأدائها.**
وإن عجزت؛ لم ترقَّ بعجزها، وكان حكمها بعد العجز حكم أم الولد، تعتق بموت سيدها)[2].

وإنما قال: (**ولا يجوز وطؤها**)؛ لأنَّ عتقها معلَّق بأداء كتابتها، فكانت كالمعتقة[3].

وإنما أجاز[4] له وطؤها إذا عجزت؛ لأنها بالعجز عادت رقيقةً؛ فجاز له وطؤها كسائر إمائه، وإنما لم يكن عليه حدٌّ إذا وطئها قبل عجزها؛ للشُّبهة التي له فيها، وقد قال ﷺ: «**ادْرَؤوا الحُدُود بالشُّبُهاتِ**»[5].

قال مالك: ويُعاقَب إلَّا أن يُعذر بجهلٍ، ولا صَدَاق لها ولا ما نقصها إن طاوعته[6].

---

(1) كلمتا (على كتابتها) يقابلهما في (ز): (على حال كتابتها)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 19 و(العلمية): 1/ 346 و347.

(3) قوله: (ولا يجوز وطؤها؛ لأنَّ... فكانت كالمعتقة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 392.

(4) في (ز): (جاز).

(5) ضعيف، رواه الحارثي في مسند أبي حنيفة: 1/ 184، برقم (127).
وابن حجر في التلخيص الحبير: 4/ 160، برقم (1755).
والسخاوي في المقاصد الحسنة، ص: 74، برقم (46) جميعهم عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(6) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 286.

يريد: وإن كانت بِكْرًا[1].

قال ابن القاسم: وإن أكرهها؛ فعليه ما نَقَصَها[2].

يريد: إن كانت بكرًا[3].

قال ابن القاسم وأمَّا الأجنبي؛ فعليه بكل حالٍ ما نقصها طائعةً كانت أو مكرهة؛ إذ قد تعجز فترجع إلى السيد ناقصة[4]، وذلك لحقِّ السيد لا[5] يسقطه طوعُها[6].

قال مالك: فإذا وطئها السيد طائعةً أو مكرهةً؛ فهي على كتابتها إلَّا أن تحمل، فتخيَّر بين أن تكون أم ولد لسيدها وتفسخ كتابتها، أو بين أن تمضي على كتابتها وتعتق بأدائها[7].

قال سحنون وابن المواز: ولها إذا حملت أن تعجِّز نفسها وترجع أم ولد، وإن كان لها مالٌ ظاهر وقوةٌ على السعي، وليس ذلك للمكاتَب إذا كان على هذه الصفة[8].

والفرق بينهما هو أن المكاتَبَ إذا عجَّز نفسه عادَ إلى الرِّق وبَطلَ عِتقه فمنع من ذلك، وهذه إذا عجَّزت نفسها صارتْ أم ولد، وأم الولد لا ترد إلى الرق أبدًا، ولأن حكمها الآن أقوى من حكمها المتقدِّم؛ ولذلك كان لها أن تُعجِّز نفسها، وإن كان لها مالٌ ظاهر؛ لأن المقصودَ الحرية، وقد حصلت.

---

(1) قوله: (يريد: وإن كانت بِكْرًا) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 90**.

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 286**.

(3) قوله: (يريد: وإن كانت بِكْرًا) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 90**.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 286**.

(5) في (ز): (ولا).

(6) قوله: (وذلك لحقِّ السيد لا يسقطه طوعُها) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 91**.

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 286**.

(8) قوله: (قال سحنون وابن المواز: ولها إذا حملت... هذه الصفة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13/ 102** و**103** وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 91**.

[في مكاتبة أم الولد]

(ولا يجوز مكاتبةُ أم الولد، ومن كاتب أم ولده؛ فسخت كتابتها إن أدركت قبل فوتها، فإن فاتت كتابتها بأدائها[1]؛ عتقت، ولم ترجع على السيد بما أدَّت إليه)[2].

وإنما قال: (**لا يجوز مكاتبة أم الولد**)؛ لأنه[3] لا سعاية فيها ولا غلَّة ولا خدمة، وإنما فيها المتعةُ فقط.

وقد تقدَّم في كتاب أمهات الأولاد أن أم الولد لا يجوز إجارتها إذا رضيت[4].

قال الأبهري واللخمي: وهو أصل مالك، وإذا جاز إجارتها برضاها؛ كانت كتابتها برضاها أجوَز؛ لأنها تستعجل بذلك عتقها.

وأما إن [ك: **133**/ أ] أعتق أم ولده على مال يتعجَّلُه منها أو يبقى [ز: **494**/ أ] في ذمتها؛ فذلك جائز[5].

قال ابن القاسم: وكأنه أخذَ مالها وأعتقها، وقد كان له أخذ مالها ولا يعتقها[6].

قال ابن القاسم: فإن كاتَبَ أم ولده[7]؛ فُسِخَت كتابتها إن أدركت قبل فوتها إلَّا أن تفوت بالأداء فتعتق، ولا ترجع على السيد بشيء؛ لأن له انتزاع[8] مالها ما لم يمرض مرضًا مخوفًا[9].

فإذا مرض؛ لم يكن له ذلك؛ لأنه إنما ينتزعه لورثته.

قال بعض فقهائنا: ولو كاتبها في مرضه ودفعت إليه شيئًا؛ فينبغي أن ترجع عليه

---

(1) كلمة (بأدائها) ساقط من (ز)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 19 و(العلمية): **1/ 347**.

(3) في (ز): (لأنها).

(4) انظر النص المحقق: **99/6**.

(5) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 4055**.

(6) المدونة (صادر/ السعادة): **3/ 326**.

(7) في (ز): (ولد).

(8) كلمة (انتزاع) يقابلها في (ز): (أن ينزع).

(9) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 314**.

بذلك فتأخذ[1] من تركته إن مات من ذلك المرض[2].

[مكاتبة المدبَّرة]

(ولا بأس أن يكاتب الرجل مُدبَّرته، فإن أدَّت[3] كتابتها قبل موت سيدها؛ عتقت بأدائها، فإن مات السيدُ قبل أدائها وله مالٌ يخرج من ثلثه؛ عتقت وسقطت الكتابةُ عنها، وإن لم يكن له مالٌ غيرها[4]؛ عتق ثلثها، وسقط ثلث الكتابة عنها[5]، وبقي ثلثاها مكاتبًا بثلثي كتابتها[6].

فإن أدَّت ذلك؛ عتق باقيها، وإن عجزت عنه؛ رقَّ ثلثاها، وليس للورثة أن يستسعوها في باقي رقها)[7].

وإنما جازَ للرجل أن يكاتِب مدبرته؛ لأجل الخدمة التي[8] له فيها، فإن أدَّت كتابتها قبل موت سيِّدها؛ عتقت بأدائها، وإن مات السيدُ قبل أدائها وله مالٌ يخرج من ثلثه؛ سقطتِ الكتابةُ عنها، وعتقتْ بالتدبير، وقُوِّمت بمالها في ثلث الميت.

فإن لم يحمل الثلث رقبتها؛ عَتَقَ منها محمل الثلث، وأقرَّ مالها بيدها، ووضع عنها من كل نجم بقدر ما عتق منها، وإن لم يدع غيرها؛ عتق ثلثها ورق ثلثاها، ووضع عنها ثلث كل نجم بقي عليها، ولا ينظر إلى ما أدَّت قبل ذلك، ولو لم يبق عليها إلَّا نجمٌ واحدٌ؛ لعتق ثلثها وحطَّ عنها ثلث ذلك النجم، وسعت في بقيته، فإن أدَّت خرج جميعًا حرًّا.

---

(1) في (ك): (وتؤخذ).

(2) قوله: (فإذا مرض؛ لم يكن له ذلك... ذلك المرض) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 165**.

(3) في (ك): (أدركت)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) كلمة (غيرها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(5) عبارة (عنها ثلث الكتابة) يقابلها في (ك): (ثلث الكتابة عنها) بتقديم وتأخير.

(6) كلمتا (بثلثي كتابتها) يقابلهما في (ك): (بثلثيها)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) التفريع (الغرب): **2/ 19** و(العلمية): **1/ 348**.

(8) في (ز): (الذي).

قال: (**وليس على الورثة أن يستسعوها في باقي رقها**).

وخالفنا أبو حنيفة في ذلك.

ودليلنا قوله ﷺ: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ [قِيمَةَ الْعَدْلِ]**[1]، **وَأُعْطِيَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ، وَإِلا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ**»، خرجه مسلم[2].



(1) ما بين المعكوفتين ساقط من (ز) و(ك) وما أثبتناه اتينا به من صحيح البخاري ومسلم.

(2) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: **5/ 1121**، في باب من أعتق شركا له في مملوك، من كتاب العتاقة، برقم (**613**).

والبخاري: **3/ 144**، في باب إذا أعتق عبدا بين اثنين، أو أمة بين الشركاء، من كتاب العتق، برقم (**2522**).

ومسلم: **2/ 1139**، في كتاب العتق، برقم (**1501**)، جميعهم بألفاظ متقاربة عن ابن عمر رضي الله عنهما.

كتاب العتق والولاء

العتق من أفعال البر، ومن القُرب التي يُتقَرب بها إلى الله سبحانه وتعالى، وهو مندوبٌ إليه بالكتاب والسُّنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى [ك: 133/ ب]: ﴿وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: 77]، وقوله تعالى: ﴿فَلَا ٱقْتَحَمَ ٱلْعَقَبَةَ ۝ وَمَآ أَدْرَىٰكَ مَا ٱلْعَقَبَةُ ۝ فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: 11 - 13].

واقتحامها: جوازها.

فأخبر تعالى أن العتقَ أحد ما يتسبب به إلى النجاة يومئذ.

وأما السُّنة فما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً، أَعْتَقَ اللهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْوًا مِنْ أَعْضَائِهِ مِنَ النَّارِ، حَتَّى فَرْجَهُ بِفَرْجِهِ**»(1).

وأما [ز: 494/ ب] الإجماع؛ فلا خلاف بين الأمة في ندب الخلق إليه، فإذا ثبت ذلك؛ فالذُّكران أفضل من الإناث؛ لأنَّ الغالب أن الطاعة فيهم أَوجَد، وقد قال النبي ﷺ: «**اطَّلَعْتُ على النَّارِ فَوَجَدْتُ أَكْثَرَ أَهْلِهَا النِّسَاءَ**»(2).

فإذا تساووا في الذكورية وغيرها؛ فأغلاهم ثمنًا(3) أفضل؛ لقول النبي ﷺ لما سُئل أَيُّ الرِّقَابِ أَفْضَلُ؟

قال: «**أَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا وَأَكْثَرُهَا ثَمَنًا**» خرجه مسلم(4).

---

(1) متفق على صحته، رواه البخاري: 8/ 145، في باب قول الله تعالى: ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: 89] وأي الرقاب أزكى، من كتاب كفارات الأيمان، برقم (6715).

ومسلم: 2/ 1147، في باب فضل العتق، من كتاب العتق، برقم (1509)، واللفظ له، كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(2) متفق على صحته، رواه البخاري: 7/ 31، في باب كفران العشير وهو الزوج، وهو الخليط، من المعاشرة، من كتاب النكاح، برقم (5198)، من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه.

ومسلم: 4/ 2096، في باب أكثر أهل الجنة الفقراء وأكثر أهل النار النساء وبيان الفتنة بالنساء، من كتاب الرقاق، برقم (2737)، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(3) كلمتا (فأغلاهم ثمنًا) يقابلهما في (ز): (فأعلاها نسبًا).

(4) من قوله: (العتق من أفعال البر، ومن القُرب) إلى قوله: (أنفسُها عند أهلها وأكثرها ثمنًا) بنصِّه في =

واختُلف إذا كان الكافر أغلى ثمنًا من المسلم أيهما أفضل؟

فقال مالك: إنَّ عتق الكافر ابتداءً أفضل من عتق المسلم إذا كان أكثر ثمنًا[1].

وعند أبي حنيفة: أن الكافر يجزئ عن فرض العتق[2].

(وإذا كان عبدٌ بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبَه وهو موسِر؛ قوِّم عليه نصيبُ شريكه، وكمل عتقه، وإن كان معسرًا؛ فلا قيمة عليه.
ولا سعاية على العبد لشريكه في باقي رقه)[3].

أما قوله: **(وإذا كان عبد)** إلى قوله: **(فلا قيمة عليه)**[4] فالأصل في ذلك ما خرجه مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ**»[5].

إذا ثبت هذا، فمَنْ أعتق نصيبًا له في عبدٍ أو أمة، فإن كان موسرًا؛ قوِّم عليه نصيب شريكه، ولزمه ذلك، ولا يجوز أن يتراضيا على إسقاط ذلك.

وكذلك -أيضًا- لو رضي العبد بذلك؛ لأن العتق حقٌّ لله وحقوق الله لا يصحُّ إسقاطها[6].

= التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3703 و3704.

والحديث رواه مسلم: 1/ 89، في باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال، من كتاب الإيمان، برقم (84) عن أبي ذر رضي الله عنه.

(1) جملة (إن عتق الكافر ابتداءً... أكثر ثمنًا) يقابلها في (ز) و(ك): (المسلم أَوْلَى)، وما أثبتناه موافق لما في قبس ابن العربي، ص: 965 ومُفْهِم القرطبي: 14/ 5.

(2) قوله: (فقال مالك: إنَّ عتق الكافر ابتداءً أفضل... فرض العتق) بنحوه في القبس، لابن العربي، ص: 965 والمفهم، للقرطبي: 14/ 5.

(3) جملة (ولا سعاية على العبد لشريكه في باقي رقه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع (الغرب): 2/ 21 و(العلمية): 1/ 349.

(4) جملة (أما قوله: (وإذا كان عبد... قيمة عليه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(5) تقدم تخريجه في أول كتاب العتق: 184/6.

(6) قوله: (فالأصل في ذلك ما خرجه مسلم عن ابن عمر أنه قال... يصحُّ إسقاطها) بنحوه في التبصرة، =

وليس للشريك أن يتماسك بنصيبه، أو يعتقه[1] إلى أجل إنما له أن يعتق بتلًا، أو يقوَّم على شريكه، فإن فعل ذلك وأعتق نصيبه إلى أجل أو دبَّر أو كاتب؛ فسخ ذلك كله وقوِّم على شريكه المعتق إلَّا أن يبتله[2].

فإن كان المعتق مليًّا بنصف نصيب شريكه؛ قوِّم عليه بمقدار ذلك، ويبقى[3] بقية العبد معتقًا إلى أجلٍ أو مكاتبًا أو مدبَّرًا؛ لأن ذلك أَوْلَى من ردِّه إلى الرق[4].

وقال غيره: إذا كان الأول مليًّا وأعتق الثاني إلى أجل؛ فقد ترك حقَّه من التقويم، واستثنى من الرِّق ما ليس [ك: 132/ أ] له؛ فأرى أن يعجل عليه العتق الذي ألزم نفسه[5].

قال ابن المواز: قال الكوفيون: إذا أعتق الثاني؛ فلا عتق له، ولا بدَّ من التقويم على الأول[6].

قال ابن يونس: لقوله ﷺ: «**وَكَانَ لَهُ مَالٌ قُوِّمَ عَلَيْهِ**»[7]، ولم يقُل: إن لشريكه أن يعتق.

وحجَّة مالك أنه إنما وجب التقويم على المعتَق؛ بحجة الشريك فيما أدخل عليه من الضرر بعتقه، فأمَّا إن أراد الشريكُ عتق نصيبه؛ لم يكن للأول منعه؛ لأن هذا أولى بعتق نصيبه كسائر الملاك[8].

إذا ثبت التقويم فمتى يجب؟

فقال اللخمي: التقويم يجب إذا كان المعتق والعبد والمال والشريك حضورًا، فإن

= للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3781.

(1) كلمتا (أو يعتقه) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز)، وما أثبتناه في تهذيب البراذعي.

(2) قوله: (وليس للشريك أن يتماسك... يبتله) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 235.

(3) في (ك): (وبقي).

(4) في (ز): (العتق)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) قوله: (وقال غيره: إذا كان الأول... ألزم نفسه) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 235.

(6) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 284.

(7) رواه مسلم: 2/ 1141، في باب ذكر سعاية العبد، من كتاب العتق، برقم (1503) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(8) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 402.

كان [ز: 495/ أ] أحدٌ من ذلك غائبًا قريب الغيبة؛ أخِّر التقويم حتى يعذر إلى المعتق إن كان هو الغائب، أو يحضر العبد، أو المال الذي فيه ويكتب للشريك الذي[1] لم يعتق إن كان هو الغائب فيعتق أو يقوم.

ويفترق الجواب إذا بعُدت الغَيبة، فإن غاب السيد بعدما أعتق[2] وعلمت حياته، وخلَّف مالًا قوم، وإن[3] غاب العبد أخِّر[4] التقويم حتى يقدم، وإن كان المال هو الغائب لم يقوَّم، ولم يمنع الشريك من البيع.

ويختلف إذا قدم المال هل ينقض البيع؟ أم لا؟

فقال اللخمي: وألا[5] ينقض أحسن، وإن غاب الشريك الذي لم يعتق؛ قوِّم العبدُ وأكمل له العتق، ولا مقال للغائب إن قدم[6].

وقوله[7]: (**ولا سعاية على العبد[8] لشريكه في باقي رقه**) فالأصل[9] في ذلك قوله ﷺ: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ**»، خرجه مسلم.

فلم يلزم العبد شيئًا، ولأن العبد لم تكن منه جنايةٌ ولا إتلاف، فلم يجب عليه سعاية كالشريك الذي[10] لم يعتق[11].

---

(1) عبارة (فيه ويكتب للشريك الذي) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.

(2) عبارة (غاب السيد بعدما أعتق) يقابلها في (ز) و(ك): (كان المعتق)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) كلمتا (قوم وإن) يقابلهما في (ك): (قوم العبد وإن)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(4) عبارة (وإن غاب العبد أخِّر) يقابلها في (ز): (وإن كان العبدُ هو الغائب؛ أخر)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) في (ز): (لا).

(6) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3787 و3788.

(7) في (ك): (أصل).

(8) الجار والمجرور (على العبد) يقابلهما في (ك): (للعبد)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(9) كلمتا (رقه فالأصل) يقابلهما في (ك): (رقه شرح فالأصل).

(10) اسم الموصول (الذي) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(11) قوله: (فالأصل في ذلك قوله ﷺ:... لم يعتق) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 357.

[في عتق الشريك نصيبه]

(وإن أعتق الشريكُ نصيبه، ولم يختر تقويمه على شريكه الموسِر؛ فذلك له إذا أعتقه عتقًا ناجزًا.

فإن أَعتقَه إلى أجلٍ أو كاتبه أو دبَّره والشريك موسر؛ لم يكن له ذلك.

وإن كان الشريك معسرًا؛ جاز له[1] ذلك كله)[2].

وإنما قال ذلك؛ لأن المقصودَ حصول العتق للعبد، فإذا حصل العتق فقد حصل المقصود.

ولأن التقويم إنما وَجَبَ على المعتق بحجة الشريك فيما أدخل عليه من عيب يصيبه[3] بالعتق [لنصيبه][4]، فإذا أراد أن يرضى بالعيب[5] ويعتق نصيبه؛ لم يكن للأول منعه؛ لأنه أَوْلَى بعتق نصيبهِ كسائر الملاك[6].

[ك: 132/ ب] فإن اختارَ العتق وأراد بعد ذلك أن ينتقل إلى التقويم؛ لم يكن ذلك له[7] إلَّا برضا المعتق؛ لأنه قد أسقط حقه[8]، وهذا كلُّه إذا أعتقه عتقًا ناجزًا.

فأمَّا إذا أعتقه إلى أجلٍ أو كاتبه أو دبَّره والشريكُ موسرٌ؛ لم يكن له ذلك[9]، قاله ابن القاسم.

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 21 و(العلمية): 1/ 349.

(3) في (ز): (حصته).

(4) كلمة (لنصيبه) زائدة من جامع ابن يونس.

(5) كلمتا (يرضى بالعيب) يقابلهما في (ز): (يوصي بالعتق).

(6) قوله: (ولأن التقويم إنما وجب على المعتق... كسائر الملاك) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 402.

(7) كلمتا (ذلك له) يقابلهما في (ك): (له ذلك) بتقديم وتأخير.

(8) قوله: (فإن اختارَ العتق وأراد بعد... حقه) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3782.

(9) قوله: (فأمَّا إذا أعتقه إلى أجلٍ أو كاتبه... له ذلك) بنصِّه في التفريع (الغرب): 2/ 21 و(العلمية): 1/ 349.

إلَّا أن يسقط الأجل ويبتل عتق نصيبه، وإنما له أن يعتق بتلًا، أو يقوم على شريكه إذا كان مليًّا، فإنْ كان معسرًا؛ جاز له ذلك؛ لأنا إذا جوَّزنا له أن يتملَّكه؛ إذ التقويم فيه قد سقط؛ فأحرى وأَوْلَى أن يجوز له عتقه إلى أجل وتدبيره ومكاتبته؛ لأن عقد الحريةِ فيه[1] أَوْلَى من بقائه على الرِّق.

[في موت العبد المعتق بعضه قبل تقويمه على الشريك]

(وإذا مات العبدُ المعتق بعضه قبل تقويمه على الشريك الموسر؛ لم تلزمه قيمة لنصيب شريكه[2]، وليس يعتق نصيبه بالسراية، وإنما يعتق بالحكم.
وقد قيل: إنه يعتق بالسراية، وإنه ضامنٌ لنصيب شريكه)[3].

اعلم أن العبدَ المعتق بعضه إذا مات قبل أن [ز: **495**/ ب] يقوَّم على الشريك الموسر؛ لم يلزم المعتق قيمةٌ لنصيب شريكه؛ لأن التقويم فاتَ، يدل على ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ، فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ**» خرجه مسلم[4].

فشرط في عتقه أن يقوَّم قيمة العدل، وأن يدفع إلى الشريك حصته، فإذا مات قبل التقويم؛ فقد فات التقويم، ولأنَّ القيمة إنما تجِب بالحكم، فإذا مات تعذَّر التقويم[5].

وهذا ينبني على أصل وهو قول اللخمي: هل ينعتق العبد المعتق بعضه بالسراية؟ أو بالحكم؟

---

(1) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) عبارة (قيمة لنصيب شريكه) يقابلها في (ك): (قيمته لشريكه الموسر)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): **2/ 21** و(العلمية): **1/ 349** و**350**.

(4) تقدم تخريجه في أول كتاب العتق: **184/1**.

(5) قوله: (فشرط في عتقه أن يقوَّم قيمة... تعذَّر التقويم) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 357**.

فقال مالك مرة: بالسراية، وقال مرة: بالحكم، وقال مرة: إنْ كان جميعه له؛ عتق بالسراية، وإن كان لغيره؛ عتق بالحكم.

قال اللخمي: والأحسن أن لا ينعتق[1] إلَّا بالحكم؛ لقوله ﷺ: «**قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ الْعَدْلِ**»[2].

[فيمن أعتق بعض عبده]

(ومن أعتق بعض عبده وهو صحيحٌ؛ كمل عليه عتقه في رأس ماله.
وإن أعتق[3] بعضه وهو مريضٌ؛ كمل ذلك في ثلثه)[4].

والأصل في ذلك ما رُوِيَ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جاءَه رجل فقال: إني أعتقتُ نصفَ عبدي، فقال عمر له: "عتق عليك كله، ليس لله شريك"[5].

وقاله جماعة من التابعين[6].

قال عبد الوهاب: وإنما [ك: **131**/ أ] قلنا: (إنه يقوَّم عليه جميعه)؛ لأنه مبتدأ تبعيض العتق؛ فوَجَبَ أن يكمل عليه باقيه.

أصلُه: العبد المشترك.

ولأن الحكم عليه في حصته أقوى من الحكم عليه في حصة غيره، فلمَّا كان التكميل عليه في حصة غيره واجبًا؛ كان التكميل عليه في[7] ....

---

(1) في (ز): (يعتق).

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3781**.

(3) في (ز): (عتق).

(4) التفريع (الغرب): **2/ 22** و(العلمية): **1/ 350**.

(5) قوله: (أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جاءَه رجل... لله شريك) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): **3/ 190**.

والأثر رواه البيهقي في سننه الكبرى: **10/ 462**، برقم **(21318)** عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(6) قوله: (وقاله جماعة من التابعين) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **5/ 414**.

(7) جملة (حصته أقوى من الحكم عليه... عليه في) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

حصة نفسه أَوْلَى[1].

وأما قوله: (**وإن أعتق[2] بعضه وهو مريضٌ كمل عليه في ثلثه**) فلأن كل تصرف وقع في المرض[3] من غير معاوضة؛ فإن ذلك يكون في ثلثه[4].

وهل يكمل عليه الآن وهو مريض؟ أو حتى يموت؟

فقال مالك: وإذا بتل المريض عتق عبده كله، وله مال مأمون؛ عجل عتقه.

وإن لم يكن له مالٌ مأمون، وكان يخرج من الثلث؛ لم يعجل عتقه، وأوقف حتى يعتق بعد الموت في الثلث.

ولمالك قول ثان في المبتل في المرض: إن حُكمَه حكم العبيد حتى يعتق في الثلث؛ كان ماله مأمونًا أو غير مأمون، ثم رجع مالك إلى ما وصفناه[5].

[فيمن أوصى بعتق بعض عبده]

(وإن أوصى بعتق بعضه؛ لم يعتق منه إلَّا ما أوصى بعتقه.
وقد قيل: إنه يكمل عتقه[6] في ثلثه)[7].

اختُلِفَ فيمن أوصى بعتق شِقصٍ له في عبد هل يكمل عليه عتق باقيه؟ أم لا؟

فقال مالك: لا يكمل عليه، ولا يلزمه أكثر من عتق ما أوصى به.

وقال ابن المواز: وذلك أن عتقه لذلك[8] الشقص، إنما وَجَبَ بعد [ز: **496**/ أ] موته، وحين صار ماله لورثته؛ فهو كمَنْ أعتق شقصًا له من عبد ولا مال له سواه.

---

(1) المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 361**.

(2) في (ز): (عتق).

(3) الجار والمجرور (في المرض) يقابلهما في (ز): (من المريض)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(4) قوله: (فلأن كل تصرف وقع في... في ثلثه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 361**.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 239** و**240**.

(6) في (ز): (عليه)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) التفريع (الغرب): **2/ 22** و(العلمية): **1/ 350**.

(8) في (ز): (ذلك).

ولا يلزم الورثة تكميله؛ لأنهم لم يبتدئوا عتقه فيجب عليهم تكميله.

قال ابن القاسم: إلَّا أن يوصي بتكميله[1] فيقوَّم في ثلثه ويعتق جميعه إذا حمله الثلث، أو ما حمله[2] منه؛ شاء شريكه أو أبى[3].

قال ابن الجلَّاب: (وقد قيل: إنه يكمل عليه عتقه في ثلثه) لأنه مختار لتبعيض العتق، فأشبه ما لو باشر العتق في الحياة، وإذا وَجَبَ التكميل وجب في الثلث؛ لأن حُكمَ الثلث بعد الوفاة[4] حكم جميع المال في الحياة، ولأنه لا يملك بعد موته إلَّا الثلث[5].

[في العبد المشترك بين جماعة يعتق بعضهم نصيبه]

(وإذا كان عبدٌ بين ثلاثةٍ، لأحدهم نصفه، وللآخر[6] ثلثه، وللآخر[7] سُدسه، فأعتق اثنان منهم نصيبهما في صفقةٍ واحدةٍ؛ فقد اختُلِفَ في نصيب الثالث كيف يقوَّم عليهما[8]؟

فقيل: يقوَّم عليهما نصفين.

وقيل: يقوَّم عليهما على قدر نصيبهما[9] فيه، فإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا؛ فالقيمةُ كلها على الموسِر.

وقال عبد الملك: على الموسر بقدرِ نصيبه)[10].

---

(1) كلمة (بتكميله) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) في (ز): (حمل).

(3) قوله: (وقال ابن المواز: وذلك أن عتقه لذلك... أو أبى) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 295** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **5/ 417**.

(4) في (ز): (الموت).

(5) قوله: (لأنه مختار لتبعيض العتق، فأشبه... إلَّا الثلث) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 362**.

(6) في (ز): (ولآخر).

(7) في (ز): (ولآخر).

(8) كلمة (عليهما) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(9) في (ك): (أنصبائهما)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(10) التفريع (الغرب): **2/ 22** و(العلمية): **1/ 350** و**351**.

اختُلِفَ إذا كان عبد بين ثلاثة [ك: 131/ ب] لأحدهم نصفه، ولآخر ثلثه، ولآخر سدسه[1]، فأعتق اثنان نصيبهما كيف يقوَّم عليهما؟

فروى أشهب عن مالك أنه يقوَّم عليهما باقيه بقدرِ ما لكل[2] واحدٍ منهما؛ كالشفعة في اختلاف الأنصباء.

فإن أعدم أحدهما؛ قوِّم جميعُه على الموسر، كما إذا أسلم أحد الشفعاء نصيبه؛ لم يكن للباقي إلَّا أخذ الجميع أو يُسلم.

وقال المغيرة: يقوَّم عليهما نصفان كما لو قَتَلاه.

ولأن إفسادَ القليل والكثير سواء؛ ألا ترى أنه يقوَّم على صاحب السُدس جميعه أن لو كان هو المعتق وحده، قاله ابن الماجشون، ورواه ابن نافع عن مالك.

فإن كان أحدهما موسرًا، والآخر معسرًا؛ فالقيمة كلها على الموسر، كما إذا أسلم أحد الشفعاء نَصيبَه؛ فليس له إلَّا أخذ الجميع أو يَدَع.

وقال عبد الملك: على الموسِر[3] بقدر نصيبه؛ لأنهما ابتدآ الفساد[4] معًا[5].

(وإذا أعتق بعض الشركاء نصيبه وهو معسرٌ، ثم أعتق الآخر نصيبه وهو موسرٌ؛ فلا قيمة عليه)[6].

وإنما قال ذلك[لأنه لا يخلو إما إن يكون معسرًا أو موسرًا][7]، أما[8] الأول

---

(1) عبارة (ولآخر ثلثه، ولآخر سدسه) يقابلها في (ك): (وللآخر سدسه وللآخر ثلثه) بتقديم وتأخير.

(2) كلمتا (ما لكل) يقابلهما في (ك): (مال كل)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(3) الجار والمجرور (على الموسِر) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(4) في (ز): (بالفساد)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(5) من قوله: (إذا كان عبد بين ثلاثة) إلى قوله: (لأنهما ابتدآ الفساد معًا) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 288 و289 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 405.
إلَّا قوله: (ولأن إفساد القليل والكثير... المعتق وحده) فهو بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3787.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 22 و(العلمية): 1/ 351.

(7) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق.

(8) كذا في (ز) و(ك)، والمعنى مُشْكِل.

فيسقط[1] عنه التقويم؛ لعسره، وأما الموسر؛ فلأنه لم يَبتدِ فسادًا[2].

سحنون: وقاله جميع أصحاب مالك إلَّا ابن نافع فإنه قال: يقوَّم على الثاني إن كان مليًّا.

وقال: أرأيتَ لو أراد المتمسك ألَّا يقوَّم، ويرضى بالضرر، وأبى العبد أليس ذلك للعبد!

قال ابن حبيب: وليس للمتمسِّك أن يقوم على أحدهما، وإن رضي له[3] مَنْ أراد أن يقوَّم عليه، ولو جاز هذا؛ [ز: 496/ ب] لجاز أن يبيعه من أجنبي على أن يعتقه[4].

[فيمن وهب له بعض من يعتق عليه]

(ومن وهب له بعض[5] من يعتق عليه، أو أوصي[6] له به[7] فقبله، أو اشتراه؛ عتق عليه باقيه إن كان موسرًا.

وإن ورث بعضه؛ لم يعتق عليه إلَّا ما ورثه)[8].

اعلم أنَّ من وُهب له بعض من يعتق عليه، أو أوصي له به فقبله، أو اشتراه؛ عتق عليه[9] ما ملك، وقوِّم عليه ما لم يملك، إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا؛ لم يعتق عليه إلَّا ما مَلَكَ خاصة، ويوقف ماله بيده.

---

(1) في (ز): (فسقط).

(2) قوله: (أما الأول فيسقط عنه... يَبتدِ فسادًا) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 237.

(3) في (ز): (به)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) قوله: (سحنون: وقاله جميع أصحاب مالك... أن يعتقه) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 289 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 405.

(5) عبارة (وهب له بعض) يقابلها في (ز): (أوصي له ببعض)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) في (ز): (وهب)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 22 و(العلمية): 1/ 351.

(9) جملة (باقيه إن كان موسرًا، وإن... عتق عليه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

وإن ورث بعضه؛ لم يعتق منه[1] إلَّا ما ورثه خاصة، وإن كان مليًّا.

والفرقُ بين الميراث وغيره هو أن الميراث لا يقدر على دفعِهِ عن نفسه، ولم يكن له في ذلك سبب إلى ملكه، بخلاف الشراء والهبة والصدقة والوصية، فإنه كان قادرًا على دفع ذلك عن نفسه.

واختُلِفَ إذا لم يقبل الهبة والصدقة والوصية[2] فقال مالك: إن قبله؛ قوِّم عليه باقيه، وإن لم يقبل؛ فالوصية تسقط، ورواه عليٌّ عن مالك[3].

وقال ابن القاسم في كتاب ابن المواز: إن ردَّه عتق ذلك الشقص فقط.

واختُلِفَ في الولاء فقال ابن المواز[4] [ك: **130**/ أ]: إنَّ ولاءه لسيده الموصَى به، ثم رجع فقال: للموصى له به[5]، وكذلك في الهبة والصدقة به[6] أو ببعضه، وقاله أصبغ في الوصية.

وأما في الصدقة فقال: لا يعتق إلَّا أن يقبله كله أو بعضه.

قال ابن المواز: بل الصدقة والوصية واحد، والصدقة ببعضه آكد؛ لأنه إنْ قبله؛ عتق عليه كله، وإن لم يقبله؛ فهو حرٌّ كله على سيده[7].

---

(1) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) جملة (فإنه كان قادرًا على دفع ذلك... والصدقة والوصية) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 337**.

(4) في (ز): (القاسم)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(5) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) كلمتا (والصدقة به) يقابلهما في (ز): (والوصية)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(7) قوله: (وقال ابن القاسم في كتاب ابن المواز: إن ردَّه عتق... على سيده).بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 317** و**318** وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 239**.

[حكم العبد المعتق بعضه]

(وحكم العبد المعتق بعضه حكم الأرقاء في طلاقه، وحدوده[1] وشهادته[2]، وإن قُتِل؛ فقيمته كلها لسيده، وإن مات؛ ورثه المالك لباقي رقه، ولا شيء لمن أعتق بعضه من ميراثه)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأن أحكام الرِّق أغلب عليه من أحكام الحرية[4]، وإذا غلب عليه أحكام الرِّق؛ كان حكمه حكم العبد القِن، وماله الذي يتركه بعد موته لسيده المالك لبعضه؛ لأن الرِّق مقدَّم ولا يكون لمن أعتقه شيءٌ؛ لأنه لا حكم للولاء مع الرِّق.

[لمن أرش الجناية التي تكون على المعتق بعضه؟]

(وإن جُنِيَت[5] عليه جناية؛ فأرشها بينه وبين سيده بقدرِ حريَّته ورِّقه، وقد قيل: الأرش كله لسيده)[6].

اختُلِفَ في العبد المعتَق بعضه إذا جني عليه جناية لمن يكون أرش الجناية؟

فقال مالك مرةً[7]: يكون أرشُ الجناية بينه وبين سيده بقدرِ حريته ورقه، كما لو جنى هو، وكالعبد بين الشريكين إذا جنى[8].

قال ابن المواز: لأنه إنما يكون له يوم الحكم كما يكون عليه[9].

---

(1) كلمتا (طلاقه، وحدوده) يقابلهما في (ز): (طلاقه، وقذفه، وحدوده)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) كلمتا (وحدوده وشهادته) يقابلهما في (ز): (وشهادته وحدوده) بتقديم وتأخير.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 22 و23 و(العلمية): 1/ 351.

(4) قوله: (لأن أحكام الرِّق أغلب عليه من أحكام الحرية) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 364.

(5) في (ز): (جُني)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 23 و(العلمية): 1/ 351.

(7) كلمة (مرةً) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(8) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 4/ 355.

(9) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 362 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 452.

قال ابن القاسم: وقد كان مالك يقول: إن جميع العقل لسيده، وليس للعبد منه شيءٌ بمنزلة ماله إذا مات.

وبهذا أخذ أشهب استحسانًا.

قال أشهب: وإنما استحسنت أن يكون للسيد، وإن كان القياس يقتضي أن يكون بينهما، كما يكون[1] عليهما أن لو جنى هو من [ز: **497**/ أ] قِبَل أنه عبدٌ في جميع أموره، وليس ما أصيب[2] به العبد بمال من أمواله؛ ألا ترى أنه لو قُتل لكانت قيمته قيمة عبد لسيده، فكذلك ما قُطع منه، والعبدُ إذا جنى هو المجرم[3]؛ فلذلك لم يجعل على سيده إلَّا ما يخص ما يملك منه فقط، ولا يسقط عن العبد ما يخصه، فيكون ذلك ذريعةً إلى تهاونه بالجناية إذا لم يلزم ذلك من[4] ماله الذي بيده، ولا في ذمته؛ فرأيتُ ذلك أحسن[5].

[خدمة العبد المعتَق بعضه]

(وخدمته مقسومةٌ بينه وبين سيده، وليس لسيده أن ينتزع ماله، ولا أن يُجبره على النكاح)[6].

أما قوله [ك: **130**/ ب]: **(وخدمته مقسومةٌ بينه وبين سيده)** فلأنه كالعبد بين الشريكين، فإن الخدمة تكون مقسومة بينهما.

قال مالك: شهرًا بشهر.

وقال ابن المواز: لا يجوز إلَّا في مثل الخمسة الأيام ونحوها[7]، كذلك إذا كان

---

(1) كلمتا (كما يكون) يقابلهما في (ز): (كما لو يكون).

(2) في (ك): (أصاب)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(3) في جامع ابن يونس: (المختدم).

(4) في (ز): (في).

(5) قوله: (قال ابن القاسم: وقد كان مالك يقول... ذلك أحسن) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13**/ **362** وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **11**/ **452**.

(6) التفريع (الغرب): **2**/ **23** و(العلمية): **1**/ **351**.

(7) جملة (قال مالك: شهرًا بشهر... الأيام ونحوها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

=

بعضه حرًّا وبعضه رقًّا.

وأما قوله: (**وليس لسيده أن ينتزع**[1] **ماله**) فلأنه[2] كالعبدِ بين الشريكين، والعبد إذا كان بين شريكين[3]؛ ليس لأحدهما أن ينتزع[4] ماله دون الآخر.

كذلك إذا كان بعضه مملوكًا وبعضه حرًّا.

قال مالك: ويبقى المال بيده موقوفًا.

(وإذا كان عبدٌ بين اثنين، فأعتق أحدهما نصيبَه منه[5] وهو معسرٌ، ثم أعتق الآخر بعض نصيبه وهو موسر؛ لم يكمل عليه عتق نصيبه)[6].

وإنما قال: (**لا**[7] **يكمل عليه عتق نصيبه**)؛ لأنه لم يبتدأ فسادًا، ومبتدِأُ الفساد لا تقويم[8] عليه؛ لأنه معسرٌ، وصار هذا بمنزلة ما لو كان عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه وهو معسر، ثم أعتق الثاني نصيبه وهو موسر[9]؛ فلا تقويم للثالث على الأول، ولا على الثاني.

أما الأول؛ فلعُسْرِه.

وأما الثاني؛ فلكونه لم يبتدأ فسادًا[10]، فكذلك ههنا.

= قوله: (قال مالك: شهرًا... الأيام ونحوها) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3845**.

(1) كلمتا (أن ينتزع) يقابلهما في (ك): (انتزاع).

(2) كلمة (فلأنه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) جملة (والعبد إذا كان بين شريكين) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) كلمتا (أن ينتزع) يقابلهما في (ك): (انتزاع).

(5) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(6) التفريع (الغرب): **2/ 23** و(العلمية): **1/ 351** و**352**.

(7) كلمتا (قال لا) يقابلهما في (ز): (قال ذلك؛ أنه لا).

(8) في (ك): (تغريم).

(9) في (ز): (معسرٌ).

(10) قوله: (لو كان عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم... يبتدأ فسادًا) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **5/ 404**.

[فيمن أعتق عبيده عند موته، ولا مال له غيرهم]

(ومن أعتق عبيدًا له عند[1] موته، لا مال له غيرهم؛ أقرع بينهم، فأعتق ثلثهم، ورق ثلثاهم)[2].

والأصل في ذلك ما خرَّجه مسلم عن عمران بن الحصين رضي الله عنه أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ، لَا لَهُ مَالٌ غَيْرَهُمْ، فَدَعَا بِهِمْ رَسُولُ اللهِ ﷺ، فَجَزَّأَهُمْ أَثْلَاثًا، ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً[3].

قال سحنون: ولم يختلف العلماء أن النبيَّ ﷺ أعتق بالسهم.

ولذلك أصلٌ في كتاب الله سبحانه، وهو قوله في قصة مريم: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: 44].

وقال ﷻ: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ [الصافات: 141][4].

واختُلِفَ في عتق الرجل، فقيل: بتلهم عند موته، وقيل: أوصى بعتقهم[5]؛ ولذلك وقع الاختلاف في المبتل في المرض[6] والوصية، هل هما سواء؟ أم لا؟

فقال مالك: البتل في المرض والوصية[7] فيه سواء.

وقال أصبغ وأبو زيد: أما البتل فيعتق منهم بالحصص، وأما الوصية؛ فيعتق منهم[8]

---

(1) كلمتا (له عند) يقابلهما في (ك): (له عدَّة عند)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 23 و(العلمية): 1/ 352.

(3) رواه مسلم: 3/ 1288، في باب من أعتق شركا له في عبد، من كتاب الأيمان، برقم (1668) عن عمران بن حصين رضي الله عنه.

(4) قوله: (والأصل في ذلك ما خرجه مسلم عن عمران بن الحصين أنَّ رجلًا أعتق ستةَ... ﴿مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 331.

(5) كلمة (بعتقهم) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

قوله: (واختُلف في عتق الرجل، فقيل... أوصى بعتقهم) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 377.

(6) عبارة (المبتل في المرض) يقابلها في (ز): (البتل).

(7) في (ك): (والبتل)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(8) عبارة (بالحصص، وأما الوصية؛ فيعتق منهم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

بالسهم[1].

وقال المغيرة: القرعة خطر[2]؛ فلا تجوز إلَّا حيث جاء الأثر[3].

يريد: حديث عمران بن حصين رضي الله عنه[4]، وكأنه رأى أن القرعة رخصةٌ فلا يقاس عليها، كما لا يقاس على المسح [ز: **497**/ ب] على الخفين.

قال: وإنما القرعةُ فيمن أعتق عبيده عند موته، ولا مال له غيرهم.

قال: ولو قال في وصيته: أحدُ عبيدي أحرار [ك: **129**/ أ] وهم خمسةٌ؛ أعتق خُمس كل واحدٍ منهم.

قال سحنون: ويفترق الجواب إذا سمَّى وإذا لم يسم، فإذا سمَّى وقال: ميمون ومرزوق حُرَّان؛ فليتحاصَّا في ضيق الثلث.

وإن قال: عبيدي أحرار؛ أقرع بينهم[5].

وقال مطرِّف وابن الماجشون: سواء سمَّاهم أو لم يُسمِّهم؛ فإنه يقرع بينهم.

فوجه الحصاص هو أنه لما سمَّاهم، فكأنه أراد شروع العتق في جميعهم، ولولا ذلك لما خص، فلمَّا سماهم فلا بدَّ للتسمية من فائدة.

ووجه القرعةِ فلأن قوله: فلانٌ وفلان كقوله: عبيدي لا زيادة معنى فيه؛ فوجب أن يستويا[6].

---

(1) قوله: (فقال مالك: البتل في المرض... منهم بالسهم) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 333** والتبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3764**.

(2) في (ك): (رخصة)، وما رجحناه موافق لما في زاهي ابن شعبان.

(3) قول المغيرة بنصِّه في الزاهي، لابن شعبان (بتحقيقنا)، ص: **394**.

(4) قوله: (يريد: حديث عمران بن حصين) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3764**.

(5) قوله: (وكأنه رأى أن القرعة رخصةٌ فلا يقاس عليها) إلى قوله: (عبيدي أحرار؛ أقرع بينهم) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 331** و**332**.

(6) قوله: (وقال مطرِّف وابن الماجشون: سواء سمَّاهم أو... أن يستويا) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **5/ 378**.

[فيمن أعتق أحد عبيده، ولم يُعيِّنه]

(ومن أعتق أحد عبيده في حياته ولم يعينه بلفظه، ولا بيَّنه؛ أعتق[1] واحدًا منهم باختياره.

وقد قيل: إنهم يعتقون كلهم، كطلاقه لإحدى نسائه)[2].

اعلم أن من قال: (أحد عبيدي حر، أو إحدى نسائي طالق) لا يخلو من وجهين:

إما أن يقول ذلك ولا نيَّة له في واحدٍ منهم[3] بعينه، أو له نية في واحدٍ بعينه، فإن لم تكن له نيةٌ؛ فإنه بالخيار في عتق أيهما أحبَّ، وهو بمنزلة من لو قال: رأسٌ من رقيقي صدقةٌ على المساكين، أو في سبيل الله[4].

وحكى ابن الجلَّاب قولًا ثانيًا: (**إنهم يعتقون كلهم**) وردَّ العتق إلى الطلاق.

لأنه لما أشاع العتق فيهم، لم يكن واحدٌ منهم أوْلَى من الآخر، وإذا كان له أن يختار في العتق[5]، فلم يختر حتى مرض؛ كان على خياره.

فإن اختار عتق الأدنى؛ رقَّ[6] الأعلى؛ وعتق[7] الآخر من رأس المال.

وإن اختار عتق الأعلى؛ كان الفضل على قول ابن القاسم في الثلث، وعلى قول غيره من رأس المال[8].

قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز: فإن لم يختر حتى مات؛ لم يكن لورثته خيار،

---

(1) كلمتا (بيَّنه أعتق) يقابلهما في (ز): (بيَّنه في وصيته؛ أعتق)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): **2/ 23** و(العلمية): **1/ 352**.

(3) كلمة (منهم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) قوله: (من قال: أحد عبيدي حر... سبيل الله) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): **3/ 164**.

(5) جملة (لم يكن واحدٌ منهم أوْلَى... في العتق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.

(6) في (ز) و(ك): (ورقَّ)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(7) في (ك): (عتق)، وما اخترناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(8) قوله: (من قال: أحد عبيدي حر، أو) إلى قوله: (قول غيره من رأس المال) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3740** وما بعدها.

ولكن يعتق من كل رأس عُشره إن كانوا عَشرة، أو خُمسه إن كانوا خَمسة[1].

وقال أشهَب وأصبغ: الخيار لورثته كما كان لميتهم، ورجع إليه ابن القاسم[2].

قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز[3]: فإذا لم يختر السيد العتقَ؛ سُجِنَ أبدًا حتى يوقع العتق على أحدهما.

فإن أصرَّ على الإباء بعد الحبس؛ أَوقعَ الحاكم العتق على الأدنى منهما؛ لأنه قد كان للسيِّد أن يعتقه ويرق الأعلى.

وكذلك ورثته إذا أنكروا، أو اختلفوا، أو كانوا صغارًا أو بعضهم؛ عتق الأدنى بعتق الوصي. فإن لم يكن وصيٌّ؛ فالسلطانُ.

قال ابن المواز: فإن لم يختر السيد حتى [ك: **129**/ ب] مات أحدهما؛ كان ما خلَّفه لسيده، وكان الباقي حرًّا، فإن قتله رجل؛ كان ديته دية حرٍّ إن قُتل خطأً، والقصاص إن قُتل عمدًا.

فإن قتلا جميعًا فقال سحنون في كتاب ابنه: إن قُتِلا جميعًا؛ كان في الأول قيمة عبد، وفي الثاني قيمة حر إن قتل خطأً، والقصاص إن قتل عمدًا.

فإن ماتا؛ [ز: **498**/ أ] ورث الأول بالرق، وكان الباقي لورثته الأحرار[4].

وإن نوى واحدًا بعينه، ثم أنسيه؛ عتقا جميعًا، ولا يصلح أن يمسك أحدهما؛ لإمكان أن يكون هو الحر.

---

(1) قوله: (قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز: فإن لم... كانوا خمسة) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 344**.

(2) قوله: (وقال أشهَب وأصبغ: الخيار... ابن القاسم) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 347**.

(3) عبارة (في كتاب ابن المواز) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(4) من قوله: (قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز: فإذا لم يختر) إلى قوله: (وكان الباقي لورثته الأحرار) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 357** وبنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3743** و**3744**.

قال: وذلك بمنزلة من اختلط عليه شاتان إحداهما ذكية، والأخرى غير ذكية؛ إلَّا أنهما لا يكونان حُرَّين بنفس النسيان حتى يحكم[1] بالعتق أو بالطلاق.

فإن مات العبدان[2] في حياة السيد، ولكل واحدٍ منهما[3] ولدٌ حرٌّ[4]؛ كان للسيد نصف[5] ميراثهما والنصف للولدين، ولا يكون جميع ما خلفاه للسيد؛ لأن أحدهما حُر[6]، ولا للولدين؛ لأن أحدهما عبدٌ.

فإن مات أحد العبدين؛ كان ما خلفه بين سيده وولده[7] نصفين، وأعتق الثاني بالحكم[8].

[المال يتبع العبد المعتَق أو الموصَى بعتقه]

(ومن أعتق عَبدَه؛ تَبِعَه ماله؛ إلَّا أن يستثنيه سيده، وكذلك إذا أوصى بعتقه)[9].

والأصل في ذلك ما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ؛ فمالُه له إِلَّا أَنْ يَسْتَثْنِيَهُ سيده**»[10]، فبيَّن ﷺ أن المعتَق يتبعه ماله، ولا فَرْق في ذلك بين أن يعتق مباشرةً، أو[11] بوصية، كل ذلك واحد.

---

(1) في (ز): (يعلم)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(2) في (ز): (العبد).

(3) في (ز): (منهم).

(4) كلمة (حرٌّ) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) كلمة (نصف) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.

(6) كلمة (حُر) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(7) في (ز): (وولديه)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(8) من قوله: (وإن نوى واحدًا بعينه، ثم أنسيه) إلى قوله: (نصفين، وأعتق الثاني بالحكم) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3745.

(9) التفريع (الغرب): 2/ 23 و(العلمية): 1/ 352.

(10) صحيح، رواه أبو داود: 4/ 28، في باب فيمن أعتق عبدا وله مال، من كتاب العتق، برقم (3962).
وابن ماجة: 2/ 845، في باب من أعتق عبدًا وله مال، من كتاب العتق، برقم (2529) كلاهما بألفاظ متقاربة عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(11) حرف التخيير (أو) يقابله في (ك): (وبين أن يعتق).

قال ربيعة وأبو الزناد: وسواء علم السيد بماله أو جهِلَه.

قال أبو الزناد[1]: وإن كان للعبد سرية وقد ولدت منه؛ فإن سرية العبد للعبد، وأما ولده منها؛ فرِّقٌ لسيده.

قال ابن القاسم: ولو كان للعبد المعتق دَينٌ على سيده، وأعتقه ولم يستثنه؛ كان للعبد أن يرجع به عليه إلَّا أن يستثنيه[2]، فيقول: اشهدوا عليَّ[3] أني قد انتزعتُ الدَّين الذي لعبدي[4] عليَّ، أو أني أعتقته على أن يكون[5] ماله لي[6]؛ فيكون المال للسيد، ويكون ذلك انتزاعًا لما في ملك العبد[7].

[الحمل يتبع أمه في العتق]

(ومن أعتق أمةً له، وهي حامل؛ عتقت وما في بطنها)[8].

وإنما قال ذلك؛ لأن ما في بطنها جزءٌ منها، ومن أعتق الكل؛ دخل فيه الجزء، ويكون ولاءُ ذلك الولد[9] لسيدها.

قال عطاء بن أبي رباح: وميراثه لأبيه الحر[10].

---

(1) جملة (وسواء علم السيد... أبو الزناد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في المدونة (صادر/ السعادة).

(2) جملة (كان للعبد أن يرجع به عليه إلَّا أن يستثنيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) كلمة (عليَّ) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) كلمة (لعبدي) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) كلمة (يكون) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) في (ز): (له)، وما رجحناه موافق لما في المدونة (صادر/ السعادة).

(7) من قوله: (قال ربيعة وأبو الزناد: وسواء) إلى قوله: (ذلك انتزاعًا لما في ملك العبد) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 217 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 254.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 23 و(العلمية): 1/ 352.

(9) كلمة (الولد) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(10) قوله: (ويكون ولاءُ ذلك الولد... لأبيه الحر) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 356 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 332.

[فيمن أعتق حمل أمته وفيمن أعتقه ثم رهقه دين فأراد الغرماء بيعها]

(ومن أعتق حمل أمته؛ [ك: 128/ أ] عتق[1] بعد وضعه، وليس له[2] بيعها قبل وضعها)[3].

اعلم أنَّ مَن أعتق حمل أمته لم تعتق حتى تضع، فإن وقع العتق والولادة في صحة السيد؛ عتق من رأس المال.

وإن وقع العتق[4] في صحته والولادة في مرضه أو بعد موته فقال ابن القاسم: يعتق من رأس المال[5].

قال ابن حبيب: وهذا كمَنْ أعتق عبده في صحته، ثم مرض فمات من مرضه؛ أنَّ العبدَ يعتق من رأس المال.

واختَلَف في ذلك قول أصبغ، فقال مرة: يعتق من رأس المال، كقول ابن القاسم. وقال مرة: يعتق من الثلث[6].

لأن عتق الجنين إنما يكون بالوضع، فلمَّا كان لا يعتق إلَّا بالوضع؛ صار كأنه أعتقه يوم الوضع؛ فلذلك كان من الثلث[7].

قال مالك: ولا يجوز للسيد بيعها حتى تضع سواء أعتق ما في بطنها في صحته أو في

---

(1) كلمة (عتق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في طبعتي التفريع.

(2) كلمتا: (وليس له) يقابلهما في (ز): (فلا)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) في (ك): (وضعه).

التفريع (الغرب): 2/ 23 و(العلمية): 1/ 352.

(4) كلمة (العتق) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 241.

(6) قوله: (قال ابن حبيب: وهذا كمن أعتق... من الثلث) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 438.

(7) قوله: (لأن عتق الجنين إنما... الثلث) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 398.

مرضه، وقاله ابن القاسم إلَّا أن يقام عليه بدين[1].

فإن باعها[2] اختيارًا من غير دين، فإن لم ينظر في ذلك حتى أعتقها المشتري [ز: 498/ ب] وهي حامل، أو بعد الوضع؛ مضى العتق، وكان له ولاؤهما[3].

وإن أعتقها بعد الوضع[4]؛ كان له ولاء الأم، وللبائع ولاء الولد ورجع إليه بقيمة العيب، أن لو كانت تباع مستثناة الولد.

وإن باعها من زوجها وهي حامل؛ جاز، وصارت له أم ولد، وبطل عتق السيد[5].

(فإن رهقه دَينٌ في حياته، أو أراد ورثته بيعها بعد وفاته، فقد اختلف قوله في جواز[6] ذلك ومنعه)[7].

اعلم أن من أعتق ما في بطن أمته، ثم رهقه دينٌ وأراد الغرماء بيعها؛ فإن ذلك لهم، قاله مالك.

وينفسخ العتق في الولد؛ إذ لا يجوز أن تُباع ويستثنى ما في بطنها[8].

قال ابن يونس: ولأن الدَّين قد وجبَ؛ فلا يؤخَّر لأمرٍ قد يتم بخروج الولد حيًّا، أو لا يتمُّ لخروجه ميتًا، فلا يترك حق قد وَجَبَ لأمرٍ قد يكون، أو[9] لا يكون، وهذا أصلهم[10].

قال ابن القاسم: والناس كلهم على خلاف قول مالك في هذا، ويقولون: لا تُباع.

---

(1) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 436.

(2) كلمتا (فإن باعها) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(3) في (ز) و(ك): (ولاؤها)، وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد وتبصرة اللخمي.

(4) جملة (مضى العتق، وكان له... بعد الوضع) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) قوله: (فإن باعها اختيارًا من غير دين... عتق السيد) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 438 والتبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3780.

(6) في (ز): (إجازة).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 23 و(العلمية): 1/ 353.

(8) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 183.

(9) في (ز): (وقد).

(10) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 397.

وقال ابن حبيب: تُباع ويُستثنى ما في بطنها حرًّا، ورأى أن استثناءه خيرٌ من رقه[1].

قال اللخمي: والقول بأنها تُباع ويُستثنى ما في بطنها أحسن؛ لوجوه ثلاث:

أحدها أن العتق كان قبل الدَّين، وقبل حق الغرماء، ولأن الصحيح من المذهب أن المستثنى مبقًّى، ولو سلم أن المستثنى مُشتَرى؛ فإنما يحسُن ذلك [ك: **128**/ ب] فيما يصح إدخاله في البيع، وهذا[2] فيه عقدُ حرية؛ فلم يصح إدخاله في البيع[3].

فإن مات السيد قبل وضعها، وأراد الورثة بيعها؛ فذلك لهم، قاله مالك.

قال ابن يونس: وهذا إذا أعتق الولد في الصحَّة، وأما لو أعتقه في مرضه والثلث يحملها؛ لم يكن للورثة بيعُها حتى تضع، وإن لم يحملها الثلث؛ خُيِّر الورثة بين إبقائها حتى تضع، فيعتق الولد وترق الأمة، وبين أن يعتقوا محمل الثلث منها بتلًا.

قال ابن يونس: كما لو أوصى بعِتقِه.

قال سحنون: والفرق بين عتقه في الصحة وبين عتقه في المرض أنه في الصحة إذا مات صارت الأمة ملكًا للورثة لا سبب لهم فيها، فمنْعُهم من بيعها ضرر بهم، وعتقه في المرض من الثلث؛ ولا تعقب لهم في ثلثه، وقد أشغل[4] جميعها بذلك؛ فلزمهم الصبر حتى تضع، أو يخيَّروا في ضيق الثلث كما ذكرنا[5].

ولو أوصى بعتق الجنين والثلث يحمله، فأعتق الورثة الأمة؛ فعتق الميت أَوْلَى، وله ولاء الولد.

وقال أشهب: عتق الورثة أَوْلَى، وولاء الولد والأم لهم[6].

---

(1) قوله: (قال ابن القاسم: والناس كلهم... من رقه) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 436** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **5/ 398**.

(2) عبارة (في البيع، وهذا) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3780**.

(4) كلمتا (وقد أشغل) يقابلهما في (ز): (هذا شغل)، وما رجَّحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(5) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **5/ 398**.

(6) قوله: (ولو أوصى بعتق الجنين والثلث... للأم لهم) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 439**.

[فيمن أعتق عبده، وللعبد أمةٌ حامل منه، وفي عتق العبد أمته الحامل]

(ومن أعتق عبده، وللعبد أمةٌ حامل منه؛ عتق العبد ولم يعتق ولده من أمته)[1].

اختُلِفَ فيمن أعتق عبده وللعبد أمة حاملٌ منه هل يتبع الولد أباه؟ أم لا؟

فقال مالك: الولد للسيد ولا يتبع أباه، ورأى أن الأَمة ملكٌ للعبدِ؛ فلذلك تبعته[2] كسائر أمواله، بخلاف الولد فإنه ملكٌ للسيِّد؛ فلذلك لم يتبعه[3].

وقال أشهب: يتبع الولد [ز: 499/ أ] أباهُ، ولا شيء للسيد فيه إذا ولدته بعد العتق، وهي بمنزلة ما لو باعها أو وهبها أو تصدَّق بها وهي حامل.

(ولو أعتق العبدُ الأمةَ بعد عتقه؛ لم تعتق حتى تضع حملها)[4].

وهذا على قول مالك الذي جعل[5] الولد تابعًا للسيِّد، وأما على قول أشهب الذي قدَّمناه أن الولد تابعٌ للأب؛ فإن الأمة تكون حرَّة من يوم العتق.

قال ابن القاسم: وأحكامها أحكام الأرقاء حتى تضع.

قال سحنون: هذا إذا وضعتْ، وأما لو انفش الحمل عنها؛ فأحكامها أحكام حرة[6]، ومثلُ ذلك الرجلُ يعتق عبده، ثم يأتي رجلٌ فيقيم شاهدًا أنَّ العبدَ له؛ فإنه يوقَف، فإن حلف مع شاهده؛ كان العبد له، وكان حكمه من يوم الوقف حكم عبد، وإن

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 23 و(العلمية): 1/ 353.

(2) كلمتا (فلذلك تبعته) يقابلهما في (ز): (فتتبعه).

(3) عبارة (بخلاف الولد؛ فإنه... لم يتبعه) يقابلها في (ز): (وكذلك لا يتبعه الولد؛ لأنه ملك للسيد) بتقديم وتأخير.

وقول الإمام مالك بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 168.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 23 و(العلمية): 1/ 353.

(5) في (ز): (يجعل).

(6) قول سحنون بنصِّه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): 4/ 170 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 168.

لم يحلف؛ فلا شيء له، وحكمه حكم حر.

[فيمن مثَّل بعبده أو أمته]

(ومن مثَّل بعبده، أو أمته[1]؛ عُتِقَا[2] عليه بالحكم.

وقد قيل: يعتق عليه[3] بالفعل دون الحكم)[4].

[ك: 127/ أ] والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**من مثَّل بعبده عتق عليه**»[5].

ورُوي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أعتقَ أمة أحمى لها سيدها رضفًا وأقعدها عليه، فاحترق فرجها، فقال له عمر: "ويحك أما وجدت أن تعذبها إلَّا بعذاب الله، فأعتقها عليه وجلده"[6].

إذا ثبت هذا؛ فهل تنعتق عليه بنفس المثلة؟ أو حتى يُحكم عليه بذلك؟

فقال مالك وابن القاسم وسحنون: لا تعتق عليه إلَّا بالحكم، وإذا مات قبل أن يحكم على سيده بعتقه؛ ورثه بالرِّق.

وقال أشهب: بالمثلة صار حرًّا[7]، وإن مات السيِّد قبل أن يُحكم عليه بعتقه؛ فهو

---

(1) كلمة (أمته) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وهي في طبعتي التفريع.

(2) في (ك): (عتق).

(3) كلمتا (يعتق عليه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 24 و(العلمية): 1/ 353.

(5) حسن، رواه ابن ماجة: 2/ 894، في باب من مثل بعبده فهو حر، من كتاب الديات، برقم (2679) عن سلمة بن روح بن زنباع، عن جده «أَنَّهُ قَدِمَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَقَدْ أَخْصَى غُلَامًا لَهُ، فَأَعْتَقَهُ النَّبِيِّ ﷺ بِالْمُثْلَةِ».

(6) قوله: (والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «من... عليه وجلده) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3848.

والأثر رواه الخرائطي في مساوئ الأخلاق، ص: 321، برقم (677).

وابن الأعرابي في معجمه: 3/ 925، برقم (1950) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(7) قول أشهب بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 220.

حرٌّ من رأس المال، وقد جاء في بعض طرق الحديث: «**مَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ فَهُوَ حُرٌّ**»[1].

وقال ابن عبد الحكم: أما المثلة المشهورة التي لا يشك[2] فيها؛ فهو بها[3] حر، وأما مثلةٌ فيها شكٌّ[4]؛ فلا يعتق إلَّا بالحكم[5].

ألا ترى أن أجل نفس الإيلاء من وقت اليمين، وأما ما يدخل عليه بسبب فمِنْ يوم المرافعة[6].

ويعتق على الممثل بستة شروط؛ سواء قلنا: يعتق بالحكم أو بنفس المثلة، وذلك أن يكون بالغًا عاقلًا[7] حرًّا مسلمًا رشيدًا لا دَيْن عليه[8].

واختُلِفَ في السفيه والعبد والمديان[9] والنصراني، فقال أشهب في السفيه والمديان[10] والعبد يُمثلون بعبيدهم: إنه يعتق عليهم؛ لأنها جناية.

وقال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب: إنه لا يعتق عليهم، وهو كابتدائِهم العتق[11].

واختُلِفَ في الكافر يمثل بعبده، فقال ابن القاسم: لا يعتق عليه.

يريد: وإن كان ذميًّا.

وقال أشهب: يعتق عليه؛ لأنه[12] ....

---

(1) رواه الحاكم في مستدركه: 4/ 409، في كتاب الحدود، برقم (8102)، - قال الذهبي: حمزة هو النصيبي يضع الحديث- عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(2) في (ز): (شكَّ).

(3) في (ز): (فيها).

(4) في (ك): (يشك).

(5) انظر: المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 500.

(6) قوله: (فقال مالك وابن القاسم وسحنون: لا تعتق عليه... يوم المرافعة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 395.

(7) كلمتا (بالغًا عاقلًا) يقابلهما في (ك): (عاقلًا بالغًا) بتقديم وتأخير.

(8) قوله: (ويعتق على الممثل بستة... عليه) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3854.

(9) كلمتا (والعبد والمديان) يقابلهما في (ك): (والمديان والعبد) بتقديم وتأخير.

(10) جملة (والنصراني، فقال أشهب في السفيه والمديان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(11) قوله: (واختُلف في السفيه والعبد والمديان...كابتدائهم العتق) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 400.

(12) كلمة (لأنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

من باب التظالم[1].

فأما المريض وذات الزوج؛ فإنهما إذا مثَّلا بعبد لهما عتق عليهما.

واختُلِفَ هل يكون ذلك من الثلث؟ أو من رأس المال؟

فقال ابن القاسم في المريض يمثل [ز: 499/ ب] بعبده: إنه يعتق عليه[2] من ثلثه إن مات، وإن صحَّ؛ فمِنْ رأس المال[3].

وقال في ذات الزوج: هو كابتداء العتق.

يريد: أنه يمضي ذلك عليها في ثلثها، أو ما حمل ثلثها منه.

قال اللخمي: وعلى أصل أشهب يعتق عليها من رأس مالها، ولا مقال للزوج في ذلك[4].

[حدود المثلة]

(والمثلة أن يقطع عضوًا من أعضائه، أو يوثر أثرًا فاحشًا في جسده قاصدًا لِفعله)[5].

اعلم أنَّ المثلة التي يقع العتق بها على ثلاثة أوجه:

أحدها أن يقطع لعبده [ك: 127/ ب] عضوًا من أعضائه؛ كيده أو رِجله أو ذَكره[6]، أو غير ذلك من أعضائه[7].

الثاني أن يوثر فيه أثرًا فاحشًا في جسده؛ مثل أن يقطع طرف أنفه، أو طرف لسانه.

---

(1) قوله: (واختُلف في الكافر يمثل بعبده، فقال ابن القاسم: لا... باب التظالم) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3856.

(2) كلمة (عليه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) قوله: (فأما المريض وذات الزوج؛ فإنهما... رأس المال) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 400.

(4) قوله: (وقال في ذات الزوج: هو... في ذلك) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3855.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 24 و(العلمية): 1/ 353 و354.

(6) كلمتا (أو ذَكره) يقابلهما في (ك): (وذَكره).

(7) قوله: (المثلة التي يقع العتق بها على ثلاثة أوجه... من أعضائه) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3848 و3849.

قال ابن الماجشون: أو يخرم أنفه، أو يقطع أشراف أذنيه، أو يقلع ظفره[1]؛ فإنه يعتق عليه في ذلك كله.

قال مالك: أو قلع سِنه؛ فإنه يعتق عليه[2].

قال أصبغ: لا أرى في السِّن الواحدة أو الضرس مُثلة، إلَّا في جُلِّ الأسنان أو الأضراس[3].

قال اللخمي: إن قلع سِنَّيْن من الثنايا أو الرباعيات؛ عتق؛ لأن شَيْنَهما ظاهر، ولا يعتق بثنية أو رباعية واحدة؛ لأنه لم يقع[4] بذلك كبير شين.

وأما الرَّحَا؛ فلا يعتق وإن أزال[5] اثنتين؛ لأن شَينهما غير ظاهرٍ، وإن أزال[6] منهما ما أفسد[7] عليه استعمال الأكل وطحنه؛ عتق عليه.

قال ابن حبيب: ولو برد أسنانه حتى أخفاها[8]؛ عتق عليه[9].

قال أصبغ: ولو وسم وجه عبده أو أمته وكتب في ذلك: آبق؛ فإنه يعتق عليه.

قال أصبغ: ولو فعل ذلك في ذراعيه، أو باطن جسده؛ لم يعتق عليه.

وقال ابن وهب في عبدٍ يُعرف بالإباق، فوسم سيده في وجهه "آبق": إنه يُعتق عليه، وهذا إنْ كان وسمًا بالنار.

وإن حلق لحية عبده، أو رأس جاريته والعبد وغدٌ والجارية ليست برائعة؛ لم يعتقا.

قال ابن المواز: ولكن يؤدَّب.

---

(1) في (ك): (طرفه).

(2) جملة (قال مالك: أو قلع سِنه؛ فإنه يعتق عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) قوله: (قال ابن الماجشون: أو يخرم... أو الأضراس) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 393 و394.

(4) في (ز): (يبلغ).

(5) في (ك): (زال).

(6) في (ك): (زال).

(7) في (ز): (فسد).

(8) في (ز): (أخفاهما).

(9) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3851 و3852.

واختُلِفَ إذا كان العبد تاجرًا والجارية رائعة، فقال ابن الماجشون عن مالك: إنهما يعتقان.

وقال مطرِّف: لا يعتقان، ورأى أن ذلك ليس بمثلة؛ لأنه يعود إلى هيئته.

قال ابن المواز[1]: ولا تُعتق بالعضِّ ولكن تُباع.

وقد قال مالك في امرأة عضَّت لحم جاريتها وأثرت فيها بذلك أثرًا شديدًا: إنها تباع ولا تعتق، وقاله أشهب ما لم تقطع بذلك شيئًا من جسدها.

قال: ولو كان منها ذلك فلتة؛ لم تُبع[2].

قال مالك: ولا تعتق بالضرب إلَّا أن يكون بلغ الضرب منها ما يكون مثلة من ذهاب لحمه، فرُبَّ ضرب[3] يُذهب اللَّحم، فإذا بلغ ذلك؛ فإنه يعتق[4]، وهذا كله إذا كان قاصدًا لذلك، وكانت فيه الشروط التي ذكرناها.

فإن كان[5] على وجه الخطأ؛ لم يعتق، وكذلك إنْ كان على وجه يشبه العمد مثل أن يحذفه بسيف أو سكين، فيبين منه عند ذلك عضوًا.

قال اللخمي: لأن الغالب شفقة الإنسان على ماله، وقد يريد تهديده بالرمي، ولا يريد خروجه من[6] ملكه بالعتق عن المثلة، [ك: **126**/ أ] وقد يريد المثلة حقيقة، فإذا احتمل [فِعله][7] الوجهين؛ أحلف أنه ما أراد ذلك ويترك[8].

---

(1) جملة (ولكن يؤدَّب، واختُلف إذا كان... قال ابن المواز) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) من قوله: (قال أصبغ: ولو وسم وجه عبده) إلى قوله: (منها ذلك فلتة؛ لم تُبع) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 394** و**395**.

(3) جملة (أن يكون بلغ الضرب... فرُبَّ ضرب) يقابلها في (ز): (ضربًا).

(4) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 397** والتبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3854**.

(5) في (ك): (كانت).

(6) كلمتا (خروجه من) يقابلهما في (ك): (إخراجه عن)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(7) كلمة (فِعله) زائدة من تبصرة اللخمي.

(8) في (ك): (وترك)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.
التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **7/ 3849**.

قال سحنون في كتاب ابنه: أو ضرب رأسه فنزل [ز: 500/ أ] الماء إلى عينه؛ لم يعتق عليه[1].

قال اللخمي: فلم يعتقه؛ لأنه يحتمل أن يكون قصد ضَرْب[2] الرأس دون ما حدث عن الضرب[3].

واختُلِفَ إذا اختلف السيد والعبد، فقال السيد: فعلت ذلك خطأ.

وقال العبد: بل فعلته على وجه العمد فقال سحنون في "العتبية": القول قول العبد، ثم رجع، فقال: القول قول[4] السيد[5].

قال اللخمي: وهو[6] أحسن، لأن الأمر محتمل فيحلف، ولا يعتق عليه العبد إلَّا أن يكون السيد معروفًا بالجرأة والاستخفاف والأذى؛ فيقبل قول العبد[7].

[ولاء العبد المثل به وعتق المديان الذي يحيط الدَّين بماله]

(وولاء الممثَل به لسيدِه)[8].

وإنما قال ذلك؛ لأنه هو السبب في عتقه فكأنه هو أعتقه؛ ألا ترى أن الابنة إذا اشترتْ أباها[9] ولم يكن له وارث سواها؛ أنها تأخُذ ماله أجمع، نصفه بالنسب ونصفه بالولاء[10]، وإن كانت ليست بمعتقة اختيارًا ....

(1) كلمتا (يعتق عليه) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز)، وما أثبتناه في نوادر ابن أبي زيد.
وقول سحنون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 394.
(2) كلمة (ضرب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.
(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3849.
(4) جملة (العبد، ثم رجع فقال: القول قول) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).
(5) البيان والتحصيل، لابن رشد: 14/ 435.
(6) في (ك): (وهذا).
(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3850.
(8) التفريع (الغرب): 2/ 24 و(العلمية): 1/ 354.
(9) في (ك): (أنها).
(10) قوله: (الابنة إذا اشترتْ... ونصفه بالولاء) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 135.

لكن لما كانت هي السبب في الإعتاق[1] فكأنها هي المعتقة.

(ولا يجوز عتق المديان الذي يحيط الدَّين بماله، إلَّا بإذن غرمائه.
فإن أعتق بغير إذنهم؛ فهم بالخيار في إجازة عتقه وردِّه)[2].

قال مالك[3]: الأمر المجتمع عليه الذي لا اختلاف فيه عندنا أنه لا يجوز لمَن أحاط الدَّين بماله عتق ولا هبة ولا صدقة -وإن كانت[4] الديون التي عليه إلى أجل- إلَّا بإذن غرمائه[5].

لأنَّ حقوقهم متعلقة بماله وذمته، فلهم انتزاع ماله من يده في حقوقهم، ففي إعتاقه إتلاف مالهم، فلم ينفذ إلَّا بإذنهم.

وأمَّا بيعه وشراؤه ورهنه فجائز[6].

فإن أعتق أو تصدق ثم قام غرماؤه بعد حين، فإن أقاموا البينة أنه حين تصدق لا وفاء عنده؛ فلهم ردُّ ذلك إذا لم يكونوا علموا بالصدقة، وإن كان في الصدقة فضل عن دينهم[7]؛ لم يردوا الفضل.

وأما العتق؛ فلا يرد إذا طال زمانه وورث الأحرار، وجازت شهادته[8].

قال ابن المواز: ويرد ما تصدق به، وإن طال الزمان إذا قامت البينة أنه تصدق وعليه هذا الدين[9].

---

(1) عبارة (السبب في الإعتاق) يقابلها في (ز): (في الإعتاق السبب) بتقديم وتأخير.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 24 و(العلمية): 1/ 354.

(3) كلمتا (قال مالك) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(4) في (ز): (كان).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 217.

(6) قوله: (وأمَّا بيعه وشراؤه ورهنه؛ فجائز) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 217.

(7) في (ك): (ذلك).

(8) قوله: (فإن أعتق أو تصدق ثم قام... وجازت شهادته) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 51.

(9) قول ابن المواز بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 383.

[فيمن أعتق عبده ولا مال له غيره، وعليه دينٌ]

(ومن أعتق عبدًا لا مال له غيره، وعليه دينٌ لا يحيط بقيمته؛ بِيعَ منه بقدرِ دينه، وعتق منه ما فضل عن دينه)[1].

اعلم أن مَن أعتق عبده ولا مال له غيره، وعليه دينٌ[2] يغترق بعضه؛ فإنه يُباع منه بقدرِ ما عليه من الدَّين، ويعتق [ك: 126/ ب] ما فَضَل عن ذلك.

قال سحنون: ويُبَاع على التبعيض، فيقال: من يشتري منه بقدر الدَّين؟ فيقول واحد: أنا آخذ ربعه، ويقول آخر: أنا آخذ خُمسه حتى يقف على شيء لا ينقص منه شيء، فيباع إذا كان[3] ذلك ويعتق ما فضل[4].

قال ابن المواز: إذا كان عليه من الدَّين ما يغترق نصف قيمة العبد يوم العتق؛ لم[5] ينظر إلى ما زاد بعد ذلك من القيمة أو نقص، وينفذ منه عتق تلك الحصة[6].

قال غيره: أما في النقص؛ فنعم، وأمَّا في الزيادة؛ فينبغي ألَّا يباع منه إلَّا بقدر [ز: 500/ ب] الدَّين ويعتق ما بقي[7].

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 24 و(العلمية): 1/ 355.

(2) جملة (لا يحيط بقيمته؛ بيع منه بقدر... وعليه دينٌ) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) كلمة (كان) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) قول سحنون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 404 والبيان والتحصيل، لابن رشد: 14/ 511.

(5) في (ز): (ثم)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد وجامع ابن يونس.

(6) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 403.

(7) قوله: (أما في النقص؛ فنعم، وأمَّا... ما بقي) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 385.

[فيمن عليه دينٌ يحيط بماله، فاشترى من يعتق عليه من أقاربه]

(ومن ابتاع مَنْ يعتق عليه من أقاربه، وعليه دينٌ يحيط بماله؛ بيع في دينه. وقد قيل: يفسخ بيعه ويرد العبد على بائعه)[1].

اختُلِفَ فيمن اشترى من يعتق عليه من أقاربه[2] وعليه دين يحيط بماله، هل يصح البيع ويباع عليه في دينه؟ أم يفسخ البيع ويرد العبد على بائعه؟

فقال مالك: ومن اشترى أباه وعليه دين يغترقه؛ لم يعتق[3] عليه[4].

قال ابن المواز: ودينه أَوْلَى به من العتق، وكذلك في سماع ابن القاسم عن مالك[5].

وقال غيره: بل يفسخ بيعه، ويرد بيعه، ولا يجوز له في السُّنة أن يملك أباه إلَّا إلى عتق ناجز، فإذا كان عليه دين يرد عتقه؛ صار خلاف السنَّة أن يملك أباه[6] فيباع في دينه[7].

قال اللخمي: نقض البيع ظلمٌ على البائع؛ لأنه باع ما يجوز له بيعه بثمن معلوم ممن يجوز له شراؤه، وحكم العتق معنى آخر يعتبر فيه يُسر المشتري وعُدمه[8].

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 24 و(العلمية): 1/ 355.

(2) الجار والمجرور (من أقاربه) ساقطان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(3) في (ز): (ينعتق).

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 233.

(5) قوله: (قال ابن المواز: ودينه... مالك) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 396.

(6) جملة (إلَّا إلى عتق ناجز، فإذا كان... يملك أباه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في تهذيب البراذعي.

(7) قوله: (وقال غيره: بل... في دينه) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 233 و234.

(8) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3777.

(ولا تجوز عتاقة المولى عليه في حياته، ولا بأس بوصيته بالعتق بعد وفاته)[1].

اعلم أن عتق المولى عليه لا يجوز، ولو أجازه وليه[2]، ولا بأس بوصيته بالعتق.

والفرق بينهما هو أنَّ الحجر عليه في حال[3] حياته إنما كان خوفًا من إتلاف ماله، فلو أبحنا له العتق؛ لأدَّى ذلك إلى إتلاف ماله؛ بخلاف ما بعد الموت، فإن الفقرَ مأمونٌ عليه في تلك الحالة، وقد جعل له التصرف في الثلث، فلم يبق له مانعٌ يمنعه من الوصية بعد الموت[4].

قال ابن المواز: فإن أعتق السفيه ولم يرد وليه عتقه حتى يرشد وولي نفسه، فإن كان العبد لم يبن عنه؛ لم يلزمه عتقه، وإن كان قد زال عن يده[5] فلما ولى [ك: **125**/ أ] نفسه تركه، وأمضى عتقه؛ فذلك يلزمه.

قال مالك: وإذا كان السفيه لا يولَّى عليه، وهو يلي نفسه؛ فعِتقُه جائز[6].

قال ابن القاسم: ولم يختلف مالك وأصحابه في عتق السفيه أم ولده أنه جائز؛ لما دخلها من الحرية، وأنه[7] لم يبق فيها إلَّا المتعة.

واختُلِفَ هل يتبعها مالها؟

فقال ابن القاسم: لا يتبعها إلَّا أن يكون الشيء التافه.

وقال أشهب: يتبعها مالها.

---

(1) التفريع (الغرب): **2/ 24** و(العلمية): **1/ 355**.

(2) قوله: (عتق المولى عليه لا يجوز، ولو أجازه وليه) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 412**.

(3) كلمة (حال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) قوله: (والفرق بينهما هو: أنَّ الحجر عليه... بعد الموت) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 1010** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **5/ 362**.

(5) كلمتا (عن يده) يقابلهما في (ز): (من عنده).

(6) قوله: (قال ابن المواز: فإن أعتق السفيه... فعِتقُه جائز) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 412**.

(7) في (ز): (وإن)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

وقول ابن القاسم أبين؛ لأنه كان قادرًا على استثناء مالها، فتركه الاستثناء كابتداء الهبة.

وقال سحنون: لا يتبعها مالها؛ تافهًا كان أو غير تافه[1].

[حكم عتاقة الصبي]

(ولا تجوز عتاقة الصبي قبل بلوغه)[2].

وإنما قال ذلك؛ لأنه قبل البلوغ لا حُكم له، وإذا كان البالغ السفيه لا يلزمه شيء من أحكامه؛ فالصبي أَوْلَى[3].

قال ابن القاسم: وإذا قال الصبي: إذا احتلمت فكل مملوك لي حر، فاحتلم؛ فلا شيء عليه[4].

[حكم عتاقة المرأة المتزوجة]

(ولا تجوز عتاقة المرأة ذات الزوج بغير إذن زوجها، إذا كان ذلك أكثر من ثلثها)[5].

اعلم أنَّ المرأة ذات الزوج لا تخلو من وجهين إما أن تكون بِكرًا بحالها لم يدخل بها زوجها، أو تكون[6] ثيبًا قد دخل بها زوجها.

فإن كانت بِكرًا بحالها لم يدخل بها [ز: **501**/ أ] بها زوجها؛ لم يجز لها تصرف في نوعٍ من أنواع التبرعات؛ كان أكثر من الثلث أو أقل[7]، أجازه الولي أو لم يجزه كما تقدَّم في السفيه.

---

(1) من قوله: (قال ابن القاسم: ولم يختلف مالك وأصحابه) إلى قوله: (تافهًا كان أو غير تافه) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **5/ 450** و**451**.

(2) التفريع (الغرب): **2/ 24**.

(3) قوله: (لأنه قبل البلوغ لا حُكم له... أَوْلَى) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 366** و**367**.

(4) المدونة (صادر/ السعادة): **3/ 209**.

(5) التفريع (الغرب): **2/ 24** و(العلمية): **1/ 355**.

(6) كلمة (تكون) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(7) في (ك): (أكثر).

وإن كان قد دخل بها زوجها وهي قريبة عهد[1] بذلك، ولم يُؤنس منها رشد؛ كانت في عدم تصرفها كما كانت قبل الدخول.

وإن طال عهدها في بيتها وأُنِسَ رشدها؛ جاز لها التصرف في مالها بالبيع والشراء، وإن كره زوجها ما لم تحاب، فإن حابت أو تصدَّقت أو عتقت، فإن كان قدر ثلثها فأقل؛ جاز، وليس للزوج في ذلك اعتراض؛ إذ ليس بضرر، وإن كان أكثر من الثلث؛ كان له منعها.

قال بعض أصحابنا: إلَّا أن يزيد على الثلث بمقدار الدينار، وما خف، فهذا يُعلم أنها[2] لم ترد ضررًا[3].

واختُلف إذا تصدقَّت[4] بالثلث فأقل على وجه الضرر بالزوج قال أشهب عن مالك: له ردُّه كله.

وقال ابن القاسم: تفعل فيه ما أحبت، وإن قصدت [ك: **125**/ ب] به ضرر الزوج، فإذا تصدَّقت بالثلث ثم أرادت[5] بعد ذلك أن تتصدَّق بثلث ما بقي بيدها فقال أشهب عن مالك: ذلك لها إلَّا[6] أن يكون قريبًا[7] من الأول مما يُعْلم أنها قصدت الضرر فيرده.

قال ابن القاسم: فإن حضرتها الوفاة فأوصت بثلثها؛ جاز[8].

---

(1) في (ك): (العهد).

(2) في (ك): (أنه).

(3) قوله: (وإن كان قد دخل بها زوجها... ضررًا) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **4/ 39** و**40**.

(4) في (ز): (تصرفت).

(5) في (ك): (أراد)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) كلمتا (لها إلَّا) يقابلهما في (ز): (بيدها)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(7) كلمة (قريبًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) من قوله: (واختُلف إذا تصدقَّت بالثلث فأقل) إلى قوله: (فإن حضرتها الوفاة فأوصت بثلثها؛ جاز) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 213** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **5/ 451**.

[حكم عتاقة العبد]

(ولا تجوز عتاقة العبد بغير إذن سيده، فإن أعتق بغير إذن سيده[1]؛ فالسيد بالخيار في إجازة عتقه أو ردِّه، فإن أجاز عتقه؛ كان الولاء لسيده، وإن لم يعلم السيد بعتقه حتى أعتقه؛ نفذ عتقه، وكان الولاء للعبد دون سيده)[2].

اعلم أنه لا يجوزُ للعبد أن يعتق بغير[3] إذن سيده، فإن أعتق بإذن سيده[4]؛ صحَّ عتقه، وكان الولاء للسيد[5]؛ إذ كأنه هو المعتق، ولا يرجع الولاء إلى العبد، وإن أعتق.

وإن أعتقه[6] بغير إذن سيده، ثم علم السيد بذلك؛ فهو بالخيار في إجازة عتقه أو رده[7]، فإن أجاز عتقه؛ صحَّ وكان الولاء[8] للسيد، ولا يرجع إلى العبد وإن أعتق[9]، كما لو كان العتق بإذن السيد، فإن ردَّ عتقه؛ بطل ولم يلزم العبد، وإن أعتق[10].

واختُلِفَ إذا علم بعتقه فلم يجز[11] ولم يرد حتى أعتقه السيد لمن يكون له الولاء؟

---

(1) كلمتا (إذن سيده) يقابلهما في (ز): (إذنه)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) في (ز): (السيد).

جملة (وإن لم يعلم السيد بعتقه حتى... دون سيده) ساقطة من طبعة دار الكتب العلمية.

والتفريع (الغرب): 2/ 24 و(العلمية): 1/ 355.

(3) الجار والمجرور (بغير) يقابلهما في (ك): (من غير).

(4) كلمتا (بإذن سيده) يقابلهما في (ز): (بإذنه).

(5) في (ز): (لسيده).

(6) كلمتا (وإن أعتقه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(7) كلمتا (أو رده) يقابلهما في (ك): (ورده).

(8) كلمة (الولاء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) كلمتا (وإن أعتق) يقابلهما في (ك): (ولا يعتق)، وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(10) قوله: (لا يجوز للعبد أن يعتق بغير... وإن أعتق) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 331 و332.

(11) كلمة (يجز) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

فقال ابن المواز: الولاءُ للعبد.

وقال ابن الماجشون: الولاءُ للسيد[1].

قال ابن المواز: وإنما كان الولاء للعبد؛ لأن العبد عندنا مالك[2]، وأفعاله في ملكه على الجواز حتى ترد؛ ألا ترى أنه إذا[3] لم يعلم[4] بعتقه حتى عتقه؛ أنَّ عتقه ماضٍ لا يرد.

فإذا كانت أفعاله في ماله على الجواز فلا يبطلها[5] إلَّا رده إفصاحًا، وليس علمه وسكوته في ذلك إذنًا ولا ردًّا[6].

إلَّا أن يكون السيد استثنى مال العبد حين أعتقه، فيرد فعل العبد، ويكون من أعتقه متقدمًا رقًا للسيد[7].

ووجه قول عبد الملك هو أن السيد لما علم بعتقِ عبده ولم يرده حتى أعتق السيد عبده، وهو يعلم أنه إذا أعتق عبده قبل أن يرد عتق عبده لم يبق له بعد اعتراضٌ؛ إذ الملك الذي يعترض به قد زال، فصار كأنه أمضى العتق في المعنى، وكان الولاء له.

[حكم عتاقة المكاتب]

(ولا تجوز [ز: **501**/ ب] **عتاقة المكاتب قبل أداء كتابته[8] إلَّا بإذن سيده، فإن أعتق**

---

(1) قوله: (واختُلف إذا علم بعتقه فلم يجز... الولاءُ للسيد) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **8/ 4109** وشرح ابن عبد السلام (بتحقيقنا): **17/ 139**.

(2) في (ز): (يملك).

(3) كلمة (إذا) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) كلمة (يعلم) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(5) في (ك): (يلزمه)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) قوله: (قال ابن المواز: وإنما كان الولاء... ولا ردًّا) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **6/ 224**.

(7) قوله: (إلَّا أن يكون السيد... رقًا للسيد) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 331** و**332**.

(8) في (ز): (الكتابة)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

بغير إذنه؛ كان للسيد إجازة عتقه وردِّه، فإن أجاز عتقه ثم أدَّى كتابته؛ رجع ولاء العبد إليه)(1).

[ك: 124/ أ] وإنما لم يجز للمكاتَب أن يعتق عبده قبل أداء كتابته إلَّا بإذن سيده؛ لأن حكمه حكم العبد، والعبد لا يعتق إلَّا بإذن سيده وكذلك المكاتب.

ولأنا لو أبحنا له ذلك أدَّى إلى تلف ماله، ثم يعجز فيعود إلى السيد فقيرًا لا مال له(2)، فإذا أذن السيد؛ جاز، وفيه نظر؛ لأن عتقه بإذنه قد يكون سببًا لتعجيزه، وليس للسيد أن يعجز مكاتبه.

فإن أعتق المكاتب عبده بغير إذن سيده؛ فالسيد بالخيار في إجازة ذلك أو رده، فإن أجازه؛ مضى عتقه.

قال ابن القاسم: وللسيِّد رد ذلك، فإن ردَّه؛ بطل، ولا يلزم المكاتب بشيء إن أعتق(3).

قال ابن القاسم: ولا أرى أن يعجل برد عتقه ويوقف ولا يمضي، ولا يرد، فإن قضى كتابته؛ مضى، وإن عجز أو خيف عليه العجز؛ رد ليقضي من ثمنه.

وعتقه بإذن سيده جائزٌ(4) إذا كان موسرًا.

وإذا صح عتقه؛ كان ولاؤه مترقبًا، فإن أدَّى كتابته؛ كان الولاءُ له، وإن عجز؛ كان لسيده الأعلى ما لم يكن له سبب يُورث به فيبدأ به قبل السيد(5).

فإن لم يعلم سيد المكاتب(6) ....

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 24 و25 و(العلمية): 1/ 355 و356.

(2) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) جملة (المكاتب بشيء إن أعتق) يقابلها في (ز): (السيد شيء منه إن عتق).

تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 331.

(4) في (ك): (جار).

(5) قوله: (ولا أرى أن يعجل... السيد) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 8/ 4112 و4113.

(6) في (ز): (العبد).

بعتقه حتى أدَّى المكاتب الكتابة[1] وعتق؛ مضى ذلك وكان الولاء للمكاتب.

فإن أعتق المكاتب بإذن سيده؛ فالولاء لسيد العبد[2]؛ إذ كأنه هو المعتق، إلَّا أن يعتق المكاتب فيرجع إليه الولاء؛ إذ ليس للسيد انتزاع ماله بخلاف العبد وأم الولد؛ إذ له انتزاع أموالهما[3].

[في عتق العبد لعبده]

(وإذا أعتق العبدُ عبدَه، فأجاز سيده عتقه، ثم أعتقه؛ لم يعد الولاء إليه)[4].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ لسيد العبد انتزاع ماله، وليس هو من أهل الولاء في تلك الحال، وكأن السيد هو الذي أعتق فيكون الولاء له.

وإذا ثبت الولاء له[5]؛ لم يجز انتقاله بعد ثبوته[6].

(ولا يجوز في عتق[7] الرقاب الواجبة ذميٌّ، ولا بأس بذلك في التطوع)[8].

اعلم أن العتق يصح[9] بأربعة شروط:

وهو أن تكون الرقبة مؤمنةً سالمةً من العيوب الفاحشة، وليس فيها عقد حرية، وأن تكون ممن يصح للمكفِّر تملُّكها بعد الشراء وقبل العتق.

فهذه جملةٌ متفقٌ عليها، فإن انخرم منها شيءٌ؛ لم يجز.

---

(1) في (ز): (كتابته).

(2) كلمتا (لسيد العبد) يقابلهما في (ك): (للسيد كالعبد).

(3) قوله: (فإن لم يعلم... انتزاع أموالهما) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 331 و332.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 25 و(العلمية): 1/ 356.

(5) كلمة (له) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) قوله: (لأن لسيد العبد انتزاع ماله... بعد ثبوته) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 376.

(7) الجار والمجرور (في عتق) يقابلهما في (ك): (أن يعتق في).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 25 و(العلمية): 1/ 356.

(9) كلمتا (العتق يصح) يقابلهما في (ز): (العتق في الواجب يصح) وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

فإن أعتق عن ظهاره أو كفَّارة يمينه، أو غير ذلك من الرقاب الواجبة عليه رقبة كافرة، فلا تخلو من وجهين:

إما أن [ك: 124/ ب] تكون كتابية، أو تكون[1] غير كتابية.

فإن كانت الرقبة كتابية قد عقلت دينها؛ فعتقها غير جائز؛ لأن الله تعالى شَرَطَ في عتق القتل الإيمان، فقال عزَّ من قائل: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: 92]، وإذا كان مطلق ومقيد من [ز: 502/ أ] جنس واحدٍ؛ رُدَّ المطلق إلى المقيد، وقد أفهمنا الله تعالى أنه لا يُتَقَرَب إليه في الواجب بعتق أعدائه.

واختُلف إذا كانت الرقبة[2] ممن تُجبر على الإسلام كالمجوسية صغيرة كانت أو كبيرة، أو ممن لا تعقل دينها من أهل الكتاب؟

فقال مالك في عتق الأعجمي: غيرهُ[3] أحبُّ إليَّ منه، وإذا لم يجد غيره؛ أجزأه[4].

وقال ابن وهب وأشهب: لا يجزئه، واستشهد على ذلك بحديث السوداء[5] أن النبيَّ ﷺ لم يأمر بعتقها إلَّا بعد معرفته أنها مسلمة[6].

فأما التطوعات؛ فيجوز للإنسان أن يتطوع برقبةٍ كافرة أو مسلمة، كتابية أو مجوسيةٍ،

---

(1) كلمة (تكون) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) في (ك): (رقبة).

(3) كلمتا (الأعجمي: غيرهُ) يقابلهما في (ك): (العجمي وغيره).

(4) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 75 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 397.

(5) قوله: (وقال ابن وهب وأشهب: لا يجزئه... بحديث السوداء) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 507.

(6) من قوله: (اعلم أن العتق في الواجب يصح بأربعة شروط) إلى قوله: (يأمر بعتقها إلَّا بعد معرفته أنها مسلمة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 5/ 2328 و2329.

ولعله يشير للحديث الذي رواه مالك في موطئه: 5/ 1128، في باب ما يجوز من العتق في الرقاب الواجبة، من كتاب العتاقة والولاء، برقم (615).

ومسلم: 1/ 381، في باب تحريم الكلام في الصلاة، ونسخ ما كان من إباحته، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة، برقم (537) عن معاوية بن الحكم السلمي ﵁ أنه قال:... يَا رَسُولَ اللهِ أَفَلَا أُعْتِقُهَا؟ قَالَ: «ائْتِنِي بِهَا» فَأَتَيْتُهُ بِهَا، فَقَالَ لَهَا: «أَيْنَ اللهُ؟» قَالَتْ: فِي السَّمَاءِ، قَالَ: «مَنْ أَنَا؟» قَالَتْ: أَنْتَ رَسُولُ اللهِ، قَالَ: «أَعْتِقْهَا، فَإِنَّهَا مُؤْمِنَةٌ» وهذا لفظ مسلم.

كبيرة أو صغيرة، سالمة أو معيبة؛ لأنها ليست بواجبة عليه، وإنما هو تطوع[1].

وقد قال النبيُّ ﷺ: «**في كُلِّ كَبِدٍ حَرى أَجْرٌ**»[2].

(ولا يجوز فيها مكاتب ولا مدبَّر[3] ولا أم ولد ولا معتَق إلى أجل)[4].

قال اللخمي: اعلم أنه لا يجوز للرجل أن يعتق في الرقاب الواجبة عليه[5] مكاتبًا ولا مدبَّرا ولا معتقًا إلى أجل، وهذا إذا كان هو الذي عَقَدَ الكتابة أو التدبير[6]؛ لأنَّ هذا[7] وضع مال، أو وضع خدمة.

واختُلِفَ إذا اشتراهم فأعتقهم[8]، فقيل: العتق مردود ولا يجزئ.

وقيل: العتق ماضٍ ولا يجزئ[9]؛ لأنه عتق[10] مختلَف فيه، فيمضي ولا تبرأ الذمة.

وقيل: يمضى العتق ويجزئه.

قال اللخمي: وأرى أن يجزئ المكاتَب إن بِيعَت رقبته برضاه؛ لأنَّ ذلك تعجيزٌ منه لنفسه، ولا يجزئ أن يباع[11] بغير رضاه[12]؛ لأنه على كتابته، ....

---

(1) في (ز): (متطوع).

(2) صحيح، رواه ابن ماجة: 2/ 1215، في باب فضل صدقة الماء، من كتاب الأدب، برقم (3686). وأحمد في مسنده، برقم (17581) كلاهما عن سراقة بن جعشم رضي الله عنه.

(3) كلمتا (مكاتب، ولا مدبَّر) يقابلهما في (ك): (مدبَّر ولا مكاتب) بتقديم وتأخير.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 25 و(العلمية): 1/ 356 و357.

(5) كلمة (عليه) زائدة من (ز).

(6) كلمتا (أو التدبير) يقابلهما (ك): (والتدبير).

(7) في (ك): (ذلك).

(8) كلمتا (اشتراهم فأعتقهم) يقابلهما في (ك): (اشتراه فأعتقه).

(9) جملة (وقيل: العتق ماضٍ ولا يجزئ) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.

(10) في (ز): (عقد)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(11) في (ز): (بيع).

(12) في (ك): (إذنه).

ويجزئ في[1] المدبَّر؛ لقوة الاختلاف فيه[2].

(ولا يجوز فيها أعمى ولا أقطع ولا أشل ولا مجنون ولا خصيٌّ ولا مجبوب ولا مُقعد ولا أعرج عرجًا شديدًا.

وفي الأصمِّ خلاف بين أصحابنا:

قال ابن القاسم: لا بأس به.

وقال ابن عبد الحكم: أكرهه.

وقال أشهب: لا يجزئ فيها عتقه.

ولا بأس بعتق الأعور في الرقاب الواجبة.

وقال عبد الملك: لا يجزئ[3] فيها[4] اعتبارًا بالضحايا)[5].

اعلم أن عيوب الرقيق على خمسة أضرُب:

عيوب [ك: 123/ أ] في البدن، وعيوب في الأخلاق، وعيوب في النسب، وعيوب في الذمة، وعيوب في الدِّين.

فعيوب البدن؛ كقطع اليد والرِجل والأصبع والعَمى والعَوَر وقطع الأذن والصمم والجذام والجنون فمَا كان من هذه العيوب يمنع العمل ويُضعف عن التكسب؛ منع من الإجزاء به، وذلك كالعمى وقطع اليد.

واختُلِفَ في الأعور والمقطوع الإبهام والبرص الخفيف، وبداية الجذام والجدع من الأذن، وذهاب بعض الأسنان والصمم الخفيف؟

فقيل في البرص والجذام: لا يجزئ جملة.

---

(1) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(2) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 5/ 2335.

(3) في (ك): (يجوز).

(4) جملة (عتقه ولا بأس بعتق الأعور... يجزئ فيها) ساقطة من طبعة دار الكتب العلمية.

(5) في (ز): (بالخصايا)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.
والتفريع (الغرب): 2/ 25 و(العلمية): 1/ 357.

وقال أشهب في البرص [ز: 502/ ب] الخفيف: يجزئه[1].

قال ابن محرز: فمَنْ ذهب إلى جوازِ العتق[2] معهما رأى[3] أنهما لا ينقصان من التكسب، ولا يضعفان عن العمل، ومن ذهب إلى منع العتق معهما رأى أنهما يؤثران في ذلك.

واختُلِفَ في الصمم على ثلاثة أقوال، وقد ذكرها ابن الجلَّاب[4].

واختُلِفَ في العرج البيِّن، فقيل: لا يجزئ[5]، وقيل: يجزئ.

واختُلِفَ في الخصيِّ على ثلاثة أقوال:

فقال مالك مرة: لا يجزئ، وكرهه مرةً.

وقال أشهب: يجزئ الخصي.

واختُلِفَ في الأخرس والذاهب الأسنان وأشراف الأذنين فقال ابن القاسم: لا يجزئ.

وعلى قول أشهب يجزئ؛ لأنه عيب يختص ببعض الجسد.

واختُلِفَ في المجنون فقال مالك وابن القاسم: لا يجزئ.

وقال أشهب: إن كان يُجَن في كل شهر مرة؛ فإنه يجزئ، ورأى أن القَدْر الذي يُجَن فيه يسيرٌ بالإضافة إلى الصحة.

واختُلِفَ في الأصبع فقال ابن القاسم: لا يجزئ.

وقال غيره: يجزئ.

وقال ابن الماجشون في كتاب ابن المواز: يجزئ، وإن كانت الإبهام.

فوجه منع الإجزاء إذا كان العيب له قَدْر، ولا يمنع السعي قياسًا على الهدايا

---

(1) في (ز): (يجزئ).

قوله: (لا يجزئ جملة. وقال...يجزئه) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 23.

(2) في (ز): (العيوب).

(3) في (ك): (على).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 25 و(العلمية): 1/ 357.

(5) قوله: (لا يجزئ) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 23.

والضحايا[1]؛ لأنَّ جميعها[2] قُرَب، ولا يُتَقَرب إلى الله سبحانه بمعيب.

ووجه الإجزاء هو أن هذه الأشياء لا تُنقص الكسب ولا تُضعف العمل[3].

وأما عيوب الأخلاق؛ فكالزنا والسرقة والإباق وشبه ذلك؛ فإنها لا تمنع العتق.

وأما عيوب النسب فأن يكون ولد زنا، وذلك لا يمنع[4] العتق[5].

وأما عيوب الذمة فأن يكون عليه دَين مثل أن يعتقه ويجعل في ذمته دينًا، أو يعتقه فيطَّلع على [ك: 123/ ب] أنه مديان؛ فهذه العيوب تمنع من العتق إذا كانت تمنع[6] من التكسب على نفسه، وإنما يكون سعيه لقضاء دينه.

وأما عيوب الدين فأن يكون كافرًا، وقد تقدَّم الكلام فيه[7].

قال ابن محرز: والنكتة التي يدور عليها هذا الباب هي أن المقصود بالعتق العمل والتكسب[8] في الحال، أو في ثاني حال، فمتى[9] لم يكن فيه[10] شيء من ذلك؛ لم يعتق.

فإن قيل: فما تقول في الشيخ الكبير الزَمِن[11] الذي لا يطيق العمل؟

قيل له: لا يجزئ.

---

(1) كلمتا (الهدايا والضحايا) يقابلهما في (ك): (الضحايا والهدايا) بتقديم وتأخير.

(2) في (ز) و(ك): (جميعًا) وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) من قوله: (اعلم أن عيوب الرقيق على خمسة أضرُب) إلى قوله: (لا تُنقص الكسب ولا تُضعف العمل) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 5/ 2331 وما بعدها.

(4) في (ك): (يبطل).

(5) قوله: (فأن يكون ولد زنا، وذلك لا يمنع العتق) بنحوه في الموطأ، للإمام مالك: 5/ 1130.

(6) في (ز): (تمنعه).

(7) انظر النص المحقق: 6/224.

(8) في (ك): (والكسب).

(9) في (ك): (فمن).

(10) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(11) كلمة (الزَمِن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

[حكم عتق الصغير المرضع والأعجمي]

(ولا بأس بعتق الصغير المرضع فيها)[1].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ ضعف الصغير ليس بزمانة[2]، وهو وإن[3] لم يطق السعي في الحال[4] أطاقه في ثاني حال؛ ولذلك جاز بيعه والمعاوضة فيه، فلمَّا جاز بيعه والمعاوضة فيه لِمَا يُرجَى من منفعته في المستقبل؛ جاز عتقه.

(ولا بأس بعتق الأعجمي في الرقاب[5] الواجبة.
ولا يصح فيها عتق مَن يلزمه عتقه بملكه من القرابات)[6].

اختلف في عتق الأعجمي في الواجبات[7]؛ فقال مالك مرةً: غيره أحب إليَّ منه [ز: 503/ أ] وإذا لم يجد غيره؛ أجزأ[8].

وقال ابن وهب وأشهب: لا يجزئه[9]، واستشهدا على ذلك بحديث السوداء أن النبيَّ ﷺ لم يأمر بعتقها إلَّا بعد معرفته أنها مسلمة[10].

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 25 و(العلمية): 1/ 357.

(2) في (ز): (بإماتة).

(3) في (ز): (إن).

(4) كلمتا (في الحال) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(5) الجار والمجرور (في الرقاب) يقابلهما في طبعة دار الغرب: (في غير الرقاب).

(6) جملة (ولا يصح فيها عتق... من القرابات) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.
التفريع (الغرب): 2/ 25 و(العلمية): 1/ 357.

(7) جملة (اختُلف في عتق الأعجمي في الواجبات) يقابلها في (ز): (أما الأعجمي فاختلف فيه).

(8) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 75 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 397.

(9) في (ز): (يجزئ).

(10) قوله: (وقال ابن وهب وأشهب: لا يجزئه... أنها مسلمة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/ 507.
والحديث تقدم تخريجه: 225/6.

(ولا يصح فيها عتق من يلزمه عتقه بملكه من الرقاب)[1].

وإنما[2] قال ذلك؛ لأنَّ العتق إنما يصح فيما هو مملوك للمعتِق، وهؤلاء بنفس الشراء يعتقون عليه، فلم يصح فيهم عتق عن الكفَّارات.

[فيمن يُعتَق على الإنسان من أقاربه]

(ويعتق على الإنسان من أقاربه إذا ملكهم الوالدان والمولودون والإخوة والأخوات من جميع الجهات.

ولا يعتق عليه[3] الأعمام ولا العمَّات، ولا الأخوال ولا الخالات، ولا ولد الإخوة ولا الأخوات[4]، ولا أحد سوى مَن ذكرنا مِن القرابات)[5].

والأصل في ذلك الكتاب والسُّنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى في حق الأبوين: ﴿إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾ [الإسراء: 23]، فاسترقاقهما والتصرف فيهما بالاستخدام، والأمر والنهي أشدُّ في الإذلال، وأعظم مما نُهي عنه من[6] التأفيف.

وقوله تعالى: ﴿أَنِ ٱشْكُرْ لِى وَلِوَٰلِدَيْكَ﴾ [لقمان: 14]، فقَرَنَ نفسه بهما في الشكر، ومن يكون بهذه المثابة فكيف[7] يصح أن يُتملَّك؟!

وقال تعالى في حق الأولاد: ﴿وَقَالُوا۟ ٱتَّخَذَ ٱلرَّحْمَٰنُ وَلَدًا ۗ سُبْحَٰنَهُۥ ۚ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾ [الأنبياء: 26]، فنَفَى عن نفسه اتخاذ الولد [ك: 122/ أ]، وعلَّل ذلك بأن الكل عبيدٌ،

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 25 و(العلمية): 1/ 357.

(2) جملة (أنها مسلمة أصل ولا... شرح: وإنما) يقابلها في (ز): (أنها مسلمة، وأما عتق من يلزمه عتقه من القرابات، وإنما).

(3) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) جملة (ولا ولد الإخوة ولا الأخوات) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في طبعتي التفريع.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 25 و26 و(العلمية): 1/ 357.

(6) في (ز): (في).

(7) في (ز): (كيف).

فدلَّ[1] على أنَّ الولد لا يكون عبدًا.

وقال تعالى في حق الأخوة في قصة موسى: ﴿رَبِّ إِنِّى لَآ أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِى وَأَخِى﴾ [المائدة: 25]، فلمَّا لم يجز أن يملك نفسه، فكذلك لا يملك أخاه، ولأنا وجدنا الأخوة يقومون مقام الولد في حجب الأم عن الثلث إلى السدس.

وأما السُّنة فما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لَا يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدًا، إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ**»[2].

وأما الإجماع فلا خلاف في العتق بالقرابة في الجملة[3].

إذا ثبت هذا، فمَنْ يعتق على الرجل من أقاربه إذا ملكه[4]؟

اختلف الناس في ذلك فقال مالك: يعتق عليه الأبوان والأجداد، والجدَّات للأب والأم[5] والأبناء[6] وأبناؤهم وإن سفلوا، والأخوة من أي جهة كانوا أشقاء أو لأب، أو لأم[7]، ولا يتعدى إلى أولادهم.

وحكى ابن القصَّار عن مالك أنه قال: يعتق عليه كل ذي رحم محرم، وهو مذهب أبي حنيفة، فيدخل في ذلك[8] العم والعمة والخال والخالة.

وذكر ابن خويز منداد عن مالك أنه قال: لا يعتق عليه إلَّا الآباء والأبناء فقط، وهو مذهب الشافعي[9].

---

(1) في (ز): (فيدل).

(2) رواه مسلم: 2/ 1148، في باب فضل عتق الوالد، من كتاب العتق، برقم (1510) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(3) من قوله: (أما الكتاب؛ فقوله تعالى في حق الأبوين) إلى قوله: (فلا خلاف في العتق بالقرابة في الجملة) بنحوه في مخطوط جوتة لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [158/ أ و158/ ب].

(4) في (ز): (ملكهم).

(5) كلمتا (للأب والأم) يقابلهما في (ك): (للأم والأب) بتقديم وتأخير.

(6) كلمة (والأبناء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) في (ز): (أم).

(8) الجار والمجرور (في ذلك) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(9) قوله: (اختلف الناس في ذلك... مذهب الشافعي) بنحوه في المُعلم، للمازري: 2/ 231.

قال المشيخة السبعة: إذا ملك الوالد ولده، أو الولد[1] والده؛ عتق عليه، وما سوى ذلك من القرابة؛ فيختلف الناس فيه[2].

وقال ابن شهاب: مضت السُّنة أن[3] لا يسترق الرجلُ أباه ولا ولده ولا أخاه، وإن مات[4] قبل عتقهم فقد عتقوا عنه يوم ابتاعهم[5]. [ز: **503**/ ب]

(ويعتق الأقارب[6] بالملك دون الحكم)[7].

اختُلِفَ فيمن ملك مَنْ يعتق عليه هل يعتق عليه بنفس الملك؟ أم حتى يحكم عليه بعتقه؟

فقال مالك: ومن ملك من يعتق عليه؛ فهو حرٌّ بتمام الشراء قبل الحكم[8].

قال ابن الماجشون: وكذلك لو اشتراه بيعًا حرامًا؛ لم ينفسخ شراؤه، وكان حرًّا ساعة شرائه[9].

قال اللخمي: أما الأبوان فيحسن أن يكونوا أحرارًا[10] بنفس الملك؛ للإجماع من فقهاء الأمصار على عتقهم.

وأما الأخوة ومن بعدهم؛ فلا يكونوا أحرارًا إلَّا بعد الحكم[11]؛ لقوة الاختلاف

---

(1) كلمتا (أو الوالد) يقابلهما في (ز): (والولد).

(2) قوله: (قال المشيخة السبعة: إذا ملك... الناس فيه) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 243**.

(3) في (ك): (أنه).

(4) كلمتا (وإن مات) ساقطان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(5) قوله: (وقال ابن شهاب: مضت السُّنة أن... يوم ابتاعهم) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): **3/ 199**.

(6) كلمتا (ويعتق الأقارب) يقابلهما في (ك): (ويعتق على الرجل الأقارب).

(7) التفريع (الغرب): **2/ 26** و(العلمية): **1/ 358**.

(8) قول الإمام مالك بنصِّه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): **4/ 47**.

(9) قول ابن الماجشون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **12/ 384**.

(10) كلمة (أحرارًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.

(11) في (ز) و(ك): (الملك)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي ومُعْلِم المازري، ولفظ المعلم: (وظاهر هذا الاقتصار على مجرد الملك دون الحكم، وقيل: بل يفتقر ذلك إلى حكم؛ لأجل =

فيهم، ولما رُوي عن مالك أنهم لا يعتقون(1).

(ومن وهب له سهم ممن يعتق عليه فقبله وهو موسرٌ؛ قُوِّم عليه باقيه(2) وكمل عتقه.

وكذلك إن أوصى له بسهم منه فقبله.

وإن(3) ورث بعضه؛ لم يعتق منه عليه(4) إلَّا ما ورثه)(5).

وقد تقدَّم الكلام على هذه المسألة، فأغنى عن [ك: 122/ ب] إعادته(6).

(ولا يعتق عليه ذوو الأرحام من الرضاعة.

وروى علي بن زياد عن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ استحباب عتقهم)(7).

والأصل في ذلك ما قاله ابن شهاب: مضت السُّنة باسترقاق الأب والأم من الرضاعة إلَّا أن يرغب رجلٌ(8) في خير فيعتقهم(9).

وروى علي بن زياد عن مالك استحباب عتقهم(10)؛ لتنزل الرضاعة منزلة النسب في بعض المواضع.



=

اضطراب العلماء في هذه المسألة).

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3813 و3814.

(2) كلمة (باقيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(3) في (ز): (أو)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) كلمة (عليه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 26 و(العلمية): 1/ 358.

(6) انظر النص المحقق: 194/6.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 26 و(العلمية): 1/ 358.

(8) في (ك): (الرجل).

(9) قول ابن شهاب بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 199.

(10) قوله: (وروى علي بن زياد عن مالك استحباب عتقهم) بنصِّه في التفريع (الغرب): 2/ 26 و(العلمية): 1/ 358.

بابُ الولاء

(والولاء لُحمةٌ كلُحمة النسب.

ولا يحل بيعه، ولا هبته، ولا نقله عن حاله[1]، والولاء لمن أعتق)[2].

والأصل في ذلك ما خرجه مسلم عن ابن عمر: «**أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ، وَعَنْ هِبَتِهِ**»[3].

وقال النبيُّ ﷺ: «**الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ**»[4].

وقال رسول الله ﷺ: «**الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»[5].

إذا ثبت هذا فمن أعتق عبدًا؛ كان له ولاؤه، وإن مات؛ ورثه، وإن قُتل؛ أخذ ديته، وإن قَتَل؛ عقل عنه قوم معتقه.

وليس للمعتق أن يزيل ذلك عنه ببيع ولا هبة ولا اشتراط[6].

(وولاء الموالاة باطل)[7].

والأصل في ذلك قوله ﷺ: «**إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»[8]، وهذا يدل على أنه لا يكون ولاء

---

(1) في (ز): (حالته).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 26 و(العلمية): 1/ 358.

(3) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: 5/ 1137، في باب مصير الولاء لمن أعتق، من كتاب العتاقة والولاء، برقم (622).

والبخاري: 3/ 147، في باب بيع الولاء وهبته، من العتق، برقم (2535).

ومسلم: 2/ 1145، في باب النهي عن بيع الولاء، وهبته، من كتاب العتق، برقم (1506)، جميعهم عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(4) صحيح لغيره، رواه الدرامي: 4/ 2019، في باب بيع الولاء، من كتاب الفرائض، برقم (3203).

وابن حبان في صحيحه: 11/ 325، في باب البيع المنهي عنه، من كتاب البيوع، برقم (4950) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(5) تقدم تخريجه في باب النية في الوضوء من كتاب الطهارة: 65/1.

(6) قوله: (والأصل في ذلك... اشتراط) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 8/ 4095 و4096.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 26 و(العلمية): 1/ 358.

(8) تقدم تخريجه في باب النية في الوضوء من كتاب الطهارة: 65/1.

بغير عتق، ولأن الموالاة سبب لا يورث به[1] مع وجود النسب، فكذلك مع فقده، ولأن المسلمين يعقلون عنه، فلم يكن له نقل ميراثهم عنه[2] بالموالاة كالمتناسبين[3].

[تقسيم ميراث الولاء]

(والولاء موروثٌ بالتعصيب، وهو للذكور دون الإناث، وللكبير والصغير)[4].

اعلم أن الولاء موروثٌ بالتعصيب دون الفرض، وبذلك قضت الأئمة من الصحابة والتابعين.

قال سحنون: أجمع المسلمون أن [ز: 504/ أ] النساء لا يرثن من الولاء إلَّا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو ولد من أعتقن وإن سفل من ولد الذكور خاصَّة؛ كان ذلك الولد ذكرًا أو أنثى.

وقد رُوي ذلك عن النبي ﷺ[5].

قال ابن يونس: وكذلك الزوج والزوجة لا يرثان من الولاء شيئًا؛ لأنهما من ذوي السهام[6]، وذلك كله دليلٌ على أن الولاء يورث بالتعصيب.

وإذا ثبت ذلك؛ كان للذكور دون الإناث، وللأقرب دون الأبعد، والكبير والصغير فيه سواء؛ لأنَّ التعصيب فيهما واحد.

---

(1) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في معونة عبد الوهاب.

(2) كلمة (عنه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ز): (كالمناسبة) وفي (ك): (كالمناسب)، وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

قوله: (والأصل في ذلك قوله ﷺ: «إنما الولاء... بالموالاة كالمتناسبين) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 374.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 26 و(العلمية): 1/ 358 و359.

(5) قوله: (قال سحنون: أجمع المسلمون أنَّ النساء لا... رُوي ذلك عن النبي ﷺ) بنصِّه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): 6/ 235.

والحديث تقدم تخريجه في لمن ولاء المكاتب بعد الأداء من كتاب العتق: 171/6.

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 255.

فمَنْ[1] مات وترك موالي؛ ورث ولاءهم أقعدُ الناس به من الذكور، فإن ترك ابنين؛ ورثا ولاء مواليه، ثم إن مات [ك: 121/ أ] أحد الاثنين وترك ولدًا ذكرًا؛ فالولاء لأخ الابن الميت دون ولده[2].

قال ابن يونس: لأنه ابن[3] المعتق، وابن المعتق أَوْلَى من ابن ابنه.

قال مالك: وإن مات الابنان جميعًا وترك أحدهما ابنًا، وترك الآخر أربع بنين؛ كان الولاء بينهم أخماسًا[4].

قال ابن يونس: والأصل في هذا أن ينظر يوم يموت المولى، فمَنْ كان أقرب من المعتق؛ فهو أحق بالميراث[5].

[جر الولاء]

(ويجر العبد ولاء ولده من الحرة إذا تزوجها إلى مواليه.
ويجر الجد ما يجره الأب، ولا يجر الأخ ولا العم ولا أحد من القرابات سوى الأب والجد)[6].

اعلم أن العبد يجر ولاء ولده من الحرة إذا تزوجها إلى مواليه فيرثونه ويعقلون عنه.

وصورة ذلك أن يتزوج العبد[7] حرَّة معتقة ويرزق منها أولادًا؛ فإن ولاء ولده منها لمواليها الذين أعتقوها.

فإن أعتق العبد؛ ورث ولاء ولده بالنسب، فإن مات العبد؛ جرَّ ولاء ولده إلى

---

(1) كلمة (فمن) يقابلها في (ز): (لأنَّ من)، وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.
(2) قوله: (فمن مات وترك... دون ولده) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 344.
(3) كلمة (ابن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في جامع ابن يونس.
(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 344.
(5) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 253 و254.
(6) التفريع (الغرب): 2/ 26.
(7) كلمة (العبد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في معونة عبد الوهاب.

مواليه الذين أعتقوه[1].

ولو تزوَّج حرة لا ولاء عليها؛ كان بقية ميراث[2] الولد بعد حصة أمه للمسلمين، فإن أعتق العبد؛ عاد إلى مواليه.

وكذلك الجد يجر ما يجره الأب ما دام الأب عبدًا، فإذا أعتق؛ عاد الولاء إليه[3].

قال ابن القاسم: وإنما يصح جر الجد إلى مواليه فيمن توالد[4] لولده العبد في حياة الجد، أو مات وهو حمل في البطن، ولا يصح فيما حملت به بعد موت الجد ولا ينقلهم عن موالي الأم[5].

قال سحنون: وبذلك جاءت السُّنة عن الصحابة والتابعين أنَّ ولاء ولد الحرة المعتقة إذا كان زوجها عبدًا لموالي أمه ما دام أبوه عبدًا، فإذا [ز: **504**/ ب] أعتق؛ جر ولاءه إلى مواليه[6].

قال عبد الوهاب: ولأن انتساب الولد إلى قبيلة أمه وجهتها[7] إنما هو لعدم إمكان ذلك من جهة الأب؛ بدليل: أنه لو أمكن ذلك في الابتداء لم ينسب إلى الأم.

وإذا ثبت ذلك؛ فيجب إذا زال المانع أن يزول ما امتنع من أجله، ويعود النسب إلى الأب.

قال: وإنما قلنا: إن الجد كالأب في جرِّ الولاء؛ لأن النسب[8] يرجع إليه فصحَّ جره

---

(1) في (ز): (أعتقونه).

(2) في (ك): (مال)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(3) قوله: (وصورة ذلك: أن يتزوج... إليه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2**/ **375** و**376**.

(4) في (ك): (يولد).

(5) قول ابن القاسم بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **8**/ **4126** وبنحوه في البيان والتحصيل، لابن رشد: **15**/ **32**.

(6) الجار والمجرور (إلى مواليه) يقابلهما في (ز): (لمواليه).

قول سحنون بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **13**/ **241** وبنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **8**/ **4125**.

(7) كلمة (وجهتها) يقابلها في (ز): (من جهتها) وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(8) في (ز): (السيد)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

كالأب، وبذلك فارق الأخوة والعمومة وسائر العصبات[1].

[في ولاء ابن الملاعنة]

(وموالي[2] ابن الملاعنة المعتقة[3] لموالي[4] أمه، [وولاؤه لهم][5].
ولا ولاء على ولد الملاعنة الحرة، وميراثه[6] لعصبته المسلمين[7]، ما لم يعترف به أبوه.
وولاء ما أعتقته المرأة لها، وتجر ولاء ما أعتقه عبيدها المعتقون)[8].

قوله: **(ومولى ابن الملاعنة المعتقة لموالي أمه)**[9] إنما قال ذلك؛ لأن ولدَ الملاعنة لا نسب له من قِبَل أبيه؛ لأن أباه نفاه، فنفى ولاؤه لموالي أمه؛ إذ لا نسب له[10] إلَّا من قِبَلها، وكذلك لو كان الولد من زنا؛ فإن ولاءه لموالي أمه[11].

وقوله[12]: **(ولا ولاء على ولد الملاعنة الحرة وميراثه**[13] [ك: 121/ ب] **لعصبته**[14] **المسلمين**[15] **ما لم يعترف به أبوه)**.

---

(1) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 376.
(2) في (ز): (ومولى)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.
(3) في (ك): (والمعتقة)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.
(4) في (ك): (موالي).
(5) كلمتا (وولاؤه لهم) ساقطتان من (ز) و(ك)، وقد أتينا بهما من طبعتي التفريع.
(6) في (ز): (وميراث) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.
(7) كلمتا (لعصبته المسلمين) يقابلهما في (ز): (عصبته للمسلمين) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وما أثبتناه لما في موافق لما طبعتي التفريع.
(8) التفريع (الغرب): 2/ 27 و(العلمية): 1/ 359 و360.
(9) جملة (وولاؤه لهم ولا ولاء على... لموالي أمه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).
(10) جملة (من قِبَل أبيه؛ لأن... نسب له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).
(11) قوله: (لأن ولد الملاعنة لا نسب له... أمه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 376.
(12) في (ك): (أصل).
(13) في (ز): (وميراث).
(14) كلمة (لعصبته) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).
(15) كلمتا (لعصبته المسلمين) يقابلهما في (ز): (عصبته للمسلمين)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

والأصل[1] في ذلك ما رُوِيَ عن النبي ﷺ «**إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»[2]، فثَبَت بهذا أن الولاء إنما يكون عن عتق، ولا عتق في ولد الملاعنة الحرة وإنما هو حرٌّ بالأصالة؛ ولذلك كان ميراثه للمسلمين يرثونه ويعقلون عنه ما دام أبوه منكرًا له، فإذا اعترف به أبوه؛ كان ميراثه له.

وقوله: (**وولاء ما أعتقته المرأة لها وتجر ولاء ما أعتقه عبيدها المعتقون**).

فالأصل في ذلك ما رُوِيَ عن النبي ﷺ[3] أنه قال: «**لا يرث النساء من الولاء شيئًا إلَّا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو ولد من أعتقن من ولد الذكور دون الإناث**»[4].

وحكى سحنون الإجماع في ذلك[5].

فإذا أعتقت المرأةُ عبدًا؛ كان الولاء لها، ثم إذا أعتق عبدها المعتَق عبدًا أو أمة؛ جرَّ ولاءهما إلى مولاته المعتِقة، ولأنَّ كل من ورث ولاء ما أعتق مباشرة[6] ورث ما حدث عنه كالرجل[7].

[ولاء من أعتق عبده عن غيره]

(**ومن أعتق عبده عن غيره بإذنه، أو بغير إذنه على عوض، أو على[8] غير عوض؛ فولاؤه للمعتق عنه**)[9].

---

(1) كلمتا (أبوه والأصل) يقابلهما في (ك): (أبوه شرح والأصل).

(2) تقدم تخريجه في باب النية في الوضوء من كتاب الطهارة: **65/1**.

(3) جملة (إنما الولاء لمن أعتق، فثبت... النبي ﷺ) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) تقدم تخريجه في لمن ولاء المكاتب بعد الأداء من كتاب العتق: **171/6**.

(5) قول سحنون بنصِّه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): **6/ 235**.

(6) عبارة (ولاء ما أعتق مباشرة) يقابلها في (ز) و(ك): (ولاء عتق مباشرة)، وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(7) قوله: (ولأنَّ كل من ورث ولاء... عنه كالرجل) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **2/ 377**.

(8) حرف الجر (على) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(9) التفريع (الغرب): **2/ 27** و(العلمية): **1/ 360**.

اختُلِفَ إذا أعتق الرجل عبدًا عن غيره بإذنه[1] أو بغير إذنه[2] على عوض، أو غير عوض[3] لمن يكون الولاء؟

فقال مالك: الولاء للمعتق عنه؛ أعتقه بأمره أو بغير أمره، كان المعتق عنه حيًّا أو ميتًا، حاضرًا كان[4] أو غائبًا، صغيرًا كان[5] أو كبيرًا[6].

وقال أبو حنيفة: الولاء للمعتق؛ أعتق عنه بأمره أو بغير أمره.

وقال الشافعي: إن أعتق عنه[7] بغير أمره؛ كان الولاء للمعتِق، وإن أعتق عنه بأمره؛ كان الولاء للمعتَق [ز: 505/ أ] عنه[8].

قال سحنون: والدليل على أن الولاء للمعتَق عنه وميراثه له أن من أعتق سائبة لله سبحانه؛ فولاؤها للمسلمين، وعقلها عليهم ولهم الميراث، ولو كان ولاء السائبة للذي[9] أعتقها؛ لورثها، وكان العقل على عاقلته.

قال سحنون: ومعنى السائبة كأنه أعتق عن المسلمين[10].

قال ابن يونس[11]: ولم يختلف فيما أنفذه الوصي عن الميت من عتق بأمره أن الولاء للميت، وكذلك ما يعتق عنه بغير أمره.

---

(1) في (ك): (بأمره).

(2) في (ك): (أمره).

(3) عبارة (على عوض، أو غير عوض) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) كلمة (كان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) كلمة (كان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 347 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 328.

(7) كلمة (عنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) قوله: (وقال أبو حنيفة: الولاء للمعتق... للمعتق عنه) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 992 والمعونة، لعبد الوهاب: 2/ 372.

(9) في (ز): (للتي).

(10) قول سحنون بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 328 وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 212.

(11) كلمتا (ابن يونس) يقابلهما في (ز): (سحنون)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

وقد "أعتقت عائشة رضي الله عنها عن أخيها عبد الرحمن رقابًا كثيرةً بعد موته"[1]، وكان ولاؤهم لمن يرث الولاء عن أخيها[2].

قال ابن يونس: وذلك حجتنا على الشافعي حيث يقول: إن أعتقَهم عنه بأمره؛ فالولاء للمعتَق عنه، وإن كان بغير أمره؛ فالولاء للمعتِق.

وعلى أبي حنيفة حيث يقول: إنْ[3] أعتقهم بأمره أو بغير أمره؛ فإن الولاء للمعتق[4].

[لمن ولاء السائبة؟]

(وولاء السائبة لجماعة المسلمين؛ لأنه معتَق عنهم)[5].

أجمع المسلمون على أن من أعتق سائبةً؛ فإن عتقها ماض.

واختُلف هل يكره ذلك؟ أم لا؟

فظاهر المذهب جواز ذلك من غير كراهة، وقد أعتق جماعةٌ من الصحابة سوائب، وكان ولاؤهم للمسلمين، ولو كان ذلك مكروهًا؛ ما فعلته الصحابة.

قال سحنون: والسائبة التي نزل القرآن بالنهي عنها من الأنعام لا من العبيد[6].

وذكر اللخمي عن مالك كراهة ذلك عن مالك[7].

وفي كتاب ابن المواز: وقد [ك: 120/ أ] ترك الناس عتق السوائب، فإنْ فَعَله أحدٌ؛

---

(1) المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 347.

(2) رواه مالك في موطئه: 5/ 1133، في باب عتق الحي عن الميت، من كتاب العتاقة والولاء، برقم (2888) عن يحيى بن سعيد.

(3) كلمة (إنْ) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 213.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 27 و(العلمية): 1/ 360.

(6) قوله: (أجمع المسلمون على أن من أعتق سائبةً... من العبيد) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 238.

(7) كلمتا (عن مالك) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).
التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 8/ 4098.

فولاؤه للمسلمين[1].

واختُلِفَ إذا أعتق سائبة لمن يكون الولاء؟

فمشهور المذهب أنه يكون[2] لجماعة المسلمين.

وقال مطرِّف وابن الماجشون: الولاء للمعتِق[3]، ولا سائبة تعرف عندنا في الإسلام[4].

قال عبد الوهاب: وإنما سمِّي سائبة؛ لأن المعتِق رفع يده عنه من كل وجه من جهة الملك والولاء، فصار ولاؤه لغير مالكٍ بعينه؛ بل لجماعة المسلمين[5].

[ميراث المنبوذ واللقيط]

(وميراث المنبوذ لجماعة المسلمين، ولا شيء لملتقطه من ميراثه)[6].

اختُلف في ميراث اللقيط والمنبوذ؟

فقال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: ميراثه وولاؤه لجماعة المسلمين، وإلى هذا ذهب عمر بن عبد العزيز، وأهل المدينة، وجلُّ فقهاء الأمصار[7].

وذهب أبو حنيفة إلى أنه يوالي من يشاء ويرثه ويعقل عنه[8].

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ

---

(1) قوله: (وفي كتاب ابن المواز: وقد ترك... فولاؤه للمسلمين) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/ 239.

(2) كلمة (يكون) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) قوله: (وقال مطرِّف وابن الماجشون: الولاء للمعتِق) بنصِّه في عقد الجواهر، لابن شاس: 3/ 1196.

(4) قوله: (ولا سائبة تعرف عندنا في الإسلام) بنصِّه في الاستذكار، لابن عبد البر: 7/ 368 والمنتقى، للباجي: 8/ 345.

(5) المعونة، لعبد الوهاب: 2/ 373.

(6) عبارة (لملتقطه من ميراثه) يقابلها في (ز): (من ميراثه لملتقطه) بتقديم وتأخير.
والتفريع (الغرب): 2/ 27 و(العلمية): 2/ 393.

(7) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 368 و369.

(8) قول أبي حنيفة بنحوه في الاستذكار، لابن عبد البر: 7/ 160.

﴿فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب: 5]، واللقيط لا يُعرف له أبٌ، فهو مولى للمسلمين.

وقد رُوي عن عمر رضي الله عنه من طريق صحيحٍ أنه [ز: 505/ ب] قال: "اللقيط حرٌّ، وولاؤه للمسلمين وعقله علينا"[1].

ثم لا يخلو اللقيط إمَّا أن يكون حرًّا أو عبدًا لغير الملتقِط، وليس التقاطه يوجب ملكه، فبأي وجه يجب ولاؤه لملتقطه وهو لم يثبت له عليه[2] ملك ولا عتق، وقد قال النبي ﷺ: «الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[3].

[في العتق إلى أجل]

(ومن أعتق عبده أو أمته إلى أجلٍ؛ لم يعتق قبل حلول الأجل.
ولا يجوز وطء المعتَقة إلى أجل)[4].

وإنما قال[5]: **(لم يعتق العبد[6] قبل حلول الأجل)**؛ لأجل حق السيد، فإنه قد تعلق له حق بخدمته في الأجل؛ فلذلك لم يعتق؛ اللهم إلَّا أن يُسقِطَ السيد حقه فيعتق.

وإنما لم يجز وطء المعتقة إلى أجل؛ لأنه وطء مؤقت[7] فأشبَه نكاح المتعة، وقاله جماعة من التابعين[8].

---

(1) رواه البخاري معلقًا: 8/ 154، في باب الولاء لمن أعتق، وميراث اللقيط، من كتاب الفرائض، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(2) كلمة (عليه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) تقدم تخريجه في باب النية في الوضوء من كتاب الطهارة: 65/1.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 27 و(العلمية): 1/ 360.

(5) كلمة (قال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) كلمتا (يعتق العبد) يقابلهما في (ك): (يعتق العبد العبد).

(7) جملة (فيعتق، وإنما لم يجز... وطء مؤقت) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

(8) قوله: (وإنما لم يجز وطء... التابعين) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 5/ 431.

[ترتيب العتق والوصايا]

(والعتق مُبدَّأٌ على الوصايا إذا كان معينًا؛ واجبًا كان أو تطوعًا.

فإن كان واجبًا مطلقًا؛ فهو مُبَدَّأ، وإن كان تطوعًا مطلقًا؛ فهو وغيره من الوصايا سواء.

وقد قيل: إنه يُبَدَّأ)[1].

قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: ومن السُّنة المعمول بها أن العتق مُبَدَّأ على الوصايا، إذا كان بعينه[2]، ولم يُفرِّق[3] بين أن يكون واجبًا أو تطوعًا.

قال أشهب: وبلغنا أن النبيَّ ﷺ وأبا بكر وعمر قضوا بذلك[4].

قال أشهب: ويدل عليه أن معتق الشقص يتمم عليه، ولا يفعل ذلك في [ك: 120/ ب] غيره من صدقة أو غيرها.

وإن وصى بعتق نسمةٍ بغير[5] عينها، فإن كانت واجبةً؛ كانت مبدأةً على الوصايا، وإن كانت تطوعًا؛ كانت بمنزلة سائر الوصايا إذا ضاق[6] الثلث.

وذكر ابن الجلَّاب[7] وابن الماجشون أن الرقبة التي ليست بعينها تبدأ على الوصايا[8].

۞۞۞

(1) التفريع (الغرب): 2/ 27 و(العلمية): 1/ 361.

(2) قول الإمام مالك بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 43 وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 140 والتبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3608.

(3) كلمة (يُفرِّق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) قوله: (قال أشهب: وبلغنا أن النبيَّ... قضوا بذلك) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 3608.

(5) كلمة (بغير) يقابلها في (ز): (من غير).

(6) في (ك): (طاق).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 27 و(العلمية): 1/ 361.

(8) قوله: (قال أشهب: ويدل عليه أن... على الوصايا) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 11/ 140 و141.

كتابُ النكاح

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]: النكاحُ مندوبٌ إليه، وذهب داود إلى وجوبه[2].

وسبب الخلاف تعارض الظواهر فلداود قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: 3]، والأمر على الوجوب.

وقوله ﷺ: «**تَنَاكَحُوا تناسلوا فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الْأُمَمَ**»[3].

والدليل على أنه ليس بواجب هو أنَّ الله تعالى خيَّر في الآية بين النكاح وملك اليمين، فقال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: 3]، والتسرُّر غير واجب باتفاق، فلو كان النكاح واجبًا ما صحَّ التخيير بينه وبين ملك اليمين؛ إذ لا يصح التخيير بين واجبٍ وبين ما ليس بواجب؛ لأن ذلك مُؤَدٍّ[4] إلى إبطال حقيقة الواجب، وأن يكون تاركه غير آثم[5].

ولقوله[6] ﷺ: «**يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ**»[7].

---

(1) عبارة (قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس ومسالك ابن العربي.

(2) قوله: (النكاحُ مندوبٌ إليه، وذهب داود إلى وجوبه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 473 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 206.

(3) حسن صحيح، رواه أبو داود: 2/ 220، في باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، من كتاب النكاح، برقم (2050) عن معقل بن يسار رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله ﷺ قال: «تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الْأُمَمَ».

(4) في (ك): (يؤدي)، وما رجحناه موافق لما في مُعلم المازري.

(5) من قوله: (وسبب الخلاف: تعارض الظواهر؛ فلداود) إلى قوله: (وأن يكون تاركه غير آثم) بنصِّه في المعلم، للمازري: 2/ 127 و128.

(6) في (ز): (لقوله).

(7) متفق على صحته، رواه البخاري: 7/ 3، في باب من لم يستطع الباءة فليصم، من كتاب النكاح، برقم (5066).

ومسلم: 2/ 1018، في باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، ووجد مؤنه، واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، من كتاب النكاح، برقم (1400) كلاهما عن عبد الله بن مسعود رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

والباءةُ هي القدرة عليه.

فقصرُ الأمر على الشباب، يدل[1] على انتفاء وجوبه، ولأن المقصود منه الوطء وليس بواجب، فكان السبب أَوْلَى أن لا يكون [ز: 506/ أ] واجبًا، ولأنه[2] عقد معاوضة فلم يجب ابتداءً بالشرع كالبيع، ولأنه عقدٌ يُتوصل به إلى استباحة الفرج فلم يجب كشراء الأمة[3].

واحتجَّ عبد الحق في نكته على أن النكاح مندوبٌ إليه بقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: 3]، قال: وهذا على موجب[4] اللغة لا يقتضي الوجوب؛ لأن القائل إذا قال: (كل ما طاب لك) إنما خيَّره ولم يوجِب ذلك عليه.

فإن قيل: إن قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم﴾ إنما عنى به[5] النكاح الذي هو حلال لا غيره!

قيل له: هذا الذي ذكرت مفهومٌ من قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ﴾ أنه النكاحُ الحلال[6] لا السِّفاح[7].

واستدل أيضًا هو وابن رشد في مقدماته على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: 5، 6]. فدلَّ على أن النكاح غير واجب؛ لأن مَنْ حَفِظ فرجه عن الزنا بملك يمينه، أو باستغنائه عن النكاح توجَّهت له المدحة من الله سبحانه[8].

قال عبد الحق: وليس الغرض التطويل في هذا النوع، وفيما [ك: 119/ أ] قدَّمناه

---

(1) في (ك): (فدل).

(2) في (ز): (لأنه)، وما رجحناه موافق لما في إشراف عبد الوهاب.

(3) قوله: (ولقوله ﷺ: «يا معشر... كشراء الأمة) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 685.

(4) في (ز): (مذهب)، وما رجحناه موافق لما في نكت عبد الحق.

(5) عبارة (إنما عني به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في نكت عبد الحق.

(6) كلمتا (النكاحُ الحلال) يقابلهما في (ك): (الحلال النكاحُ) بتقديم وتأخير.

(7) النكت والفروق، لعبد الحق الصقلي: 1/ 207.

(8) النكت والفروق، لعبد الحق الصقلي: 1/ 207 والمقدمات الممهدات، لابن رشد: 1/ 452.

كفاية[1].

قال ابن رشد: فإذا ثبت بهذه الأدلة أن النكاح غير واجب؛ عُلِمَ[2] أن الأوامر[3] الواردة في القرآن في النكاح[4] تدل[5] على الندب لا على الإباحة.

والدليل على ذلك حضُّ رسول الله ﷺ على النكاح وترغيبه فيه، ونهيه عن التبتُّل وهو ترك النكاح، فقال ﷺ: «**تَزَوَّجُوا، فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ**»[6]، وقال رسول الله ﷺ: «**لَا رَهْبَانِيَّةَ فِي الإِسْلَامِ ولعن ﷺ المتبتلين والمتبتلات**»[7]، ومعناه: التاركين للنكاح استنانًا وشرعًا[8].

وقد يختلف حكمه بحسب اختلاف الأحوال: فيجب في حق من لا ينكفُّ عن الزنا إلَّا به[9]؛ لأن حفظَ دينه عليه واجب.

ويكون مندوبًا في حق من يكون مشتهيًا له ويوجد منه النسل، ولا يخشى على نفسه الوقوع[10] في المحرم، ولا ينقطع به عن أفعال الخير.

ويكون مباحًا في حق من لا إرْب له في النساء -ولا يوجد منه نسل؛ لأنه حصور لا يأتي النساء، أو خصي، أو مجبوب، أو شيخ فانٍ- ولا ينقطع به عن فِعل الخير.

---

(1) النكت والفروق، لعبد الحق الصقلي: 1/ 208.

(2) في (ز): (اعلم).

(3) في (ز): (الأمور).

(4) الجار والمجرور (في النكاح) ساقطان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(5) كلمة (تدل) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) حسن، رواه ابن ماجة: 1/ 592، في باب ما جاء في فضل النكاح، من كتاب النكاح، برقم (1846) عن عائشة رضي الله عنها.

(7) ضعيف، رواه عبد الرزاق مرسلًا في مصنفه: 8/ 448، برقم (15860) عن طاوس أن رسول الله ﷺ قال: «لَا خِزَامَ، وَلَا زِمَامَ، وَلَا سِيَاحَةَ»، وَزَادَ ابْنُ جُرَيْجٍ: «وَلَا تَبَتُّلَ، وَلَا تَرَهُّبَ فِي الْإِسْلَامِ».

(8) المقدمات الممهدات، لابن رشد: 1/ 452 و453.

(9) في (ك): (بإذنه).

(10) كلمتا (نفسه الوقوع) يقابلهما في (ك): (نفسه منه الوقوع).

ويكون[1] مكروهـًا في حق من لا يشتهيه وينقطع به عن عبادته وقُرباته[2].

[حكم زواج الصغيرة]

(ويجوز عقد الأب على ابنته الصغيرة بِكرًا كانت أو ثيبًا)[3].

أما البِكر؛ فلا خلاف فيها بين العلماء، وقد زوَّج أبو بكر الصدِّيق رضي الله عنه عائشة من رسول الله ﷺ وهي بنت سبع[4] سنين، خرجه مسلم[5].

واستدلَّ على ذلك بعض أصحابنا بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ﴾ [الطلاق: 4]، فجعل عليها العدة قبل بلوغها، والعدة لا تكون إلَّا عن نكاح؛ فدلَّ ذلك على جواز نكاح الصغيرة.

[ز: 506/ ب] قال الأبهري: ولأن أحدًا لا يكون نظره [لغيره][6] كنظر الإنسان لنفسه إلَّا الأب؛ لأنه ينظر لولده كنظره لنفسه؛ فجاز[7] له أن يعقد على ابنته الصغيرة؛ لهذه العلة[8].

وأما الثيب فاختلف فيها على ثلاثة أقوال:

فقال سحنون: يجبرها الأب؛ بلغت بعد الطلاق أو لم تبلغ.

---

(1) جملة (مباحًا في حق من لا إرْب له... الخير، ويكون) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) قوله: (وقد يختلف حكمه بحسب اختلاف الأحوال... عبادته وقُرباته) بنصِّه في المعلم، للمازري: 2/ 128 و129 باستثناء قوله: (ويكون مباحًا في حق من... شيخ فانٍ) فهو بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1777.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 29 و(العلمية): 1/ 361.

(4) في (ك): (تسع).

(5) رواه مسلم: 2/ 1039، في باب تزويج الأب البكر الصغيرة، من كتاب النكاح، برقم (1422) عن عائشة رضي الله عنها: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بِنْتُ سَبْعِ سِنِينَ، وَزُفَّتْ إِلَيْهِ وَهِيَ بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ، وَلُعَبُهَا مَعَهَا، وَمَاتَ عَنْهَا وَهِيَ بِنْتُ ثَمَانَ عَشْرَةَ».

(6) كلمة (لغيره) ساقطة من (ز) و(ك) وقد أتينا بها من مخطوط شرح الأبهري.

(7) في (ك): (فجائز).

(8) من قوله: (أما البِكر؛ فلا خلاف فيها بين العلماء) إلى قوله: (أن يعقد على ابنته الصغيرة؛ لهذه العلة) بنصِّه في مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [126/ أ].

وقال ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن المواز: يجبرها قبل البلوغ، ولا يجبرها بعده[1].

وقال أبو التمام: لا تُجبر بحالٍ سواء[2] بلغت أو لم تبلغ[3].

فوجه قول سحنون هو أنها صغيرةٌ فللأب إجبارها على النكاح [ك: **119**/ ب]، ولا يزيله من يده زوال البكارة كالنفقة.

يريد: لأنَّ[4] النفقة ترجع على الأب.

ووجه قول ابن القاسم وأشهب هو أن الذي أثبت ولاية أبيها عليها إنما هو الصِغر والبكارة، فإذا مضت البكارة؛ بقيت ولاية الصغر، فكان للأب أن يجبرها ما دامت صغيرة، وذلك ما لم تبلغ، فإذا بلغت؛ انقطع حكم الصِغر وصارت كبيرةً افتضت بنكاح صحيح وبلغت؛ فلم تجبر على النكاح[5] كالثيب البالغ[6].

ووجه قول أبي التمام هو أن العلة الموجبة للإجبار إنما هي البكارة، فإذا زالت البكارة؛ زال الإجبار.

وذهب الشافعي [إلى][7] أنها لا تزوج حتى تبلغ.

ودليلنا قوله ﷺ: «**تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا**»[8]، فدلَّ على أن ذات الأب

---

(1) قوله: (فقال سحنون: يجبرها الأب... يجبرها بعده) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 396**.

(2) كلمة (سواء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) قوله: (فقال سحنون: يجبرها... أو لم تبلغ) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1796**.

(4) في (ك): (أن).

(5) الجار والمجرور (على النكاح) ساقطان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(6) من قوله: (فوجه قول سحنون هو: أنها صغيرةٌ) إلى قوله: (فلم تجبر على النكاح كالثيب البالغ) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 217**.

(7) ما بين المعكوفتين زيادة أدرجناها؛ ليستقيم بها السياق.

(8) حسن، رواه أبو داود: **2/ 231**، في باب الاستئمار، من كتاب النكاح، برقم (**2093**).

والنسائي: **6/ 87**، في باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة، من كتاب النكاح، برقم (**3270**) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

بخلافها[1].

ولأنه عقدٌ على منفعة؛ فجاز أن يملكه الأب على الثيب الصغيرة كالإجارة، ولأنه عقدٌ يتضمن عوضًا؛ فجاز أن يملكه الأب على الثيب الصغيرة كالبيع[2].

[حكم نكاح البكر البالغ بغير إذنها]

(ويجوز عقده على البكر البالغ بغير إذنها.
والاختيار أن يستأذنها قبل العقد عليها)[3].

وإنما قال: (**يجوز[4] عقده[5] عليها بغير إذنها**)؛ لما رُوي "أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله[6] كانا ينكحان بناتهما ولم يستأمروهن"[7].

قال مالك: وذلك الأمر عندنا[8].

ولقوله ﷺ: «**تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا**»؛ فدلَّ على أن غيرها بخلافها[9].

قال الأبهري: ولأنها ليست من أهل النظر لنفسها؛ لأنها لم يبرز وجهها، ولا عرفت أحوال الرجال ولا اختبرتهم فتعرف مصالح نفسها، فكان أمرها إلى أبيها، واختيار ذلك

---

(1) قوله: (وذهب الشافعي أنها... بخلافها) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 475**.

(2) قوله: (ووجه قول أبي التمام هو: أن العلة... كالبيع) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

وقوله: (ولأنه عقدٌ على منفعة؛ فجاز... كالبيع) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 688**.

(3) التفريع (الغرب): **2/ 29** و(العلمية): **1/ 361**.

(4) عبارة (قال: يجوز) يقابلها في (ز): (قال ذلك أنه يجوز).

(5) في (ز): (العقد).

(6) في (ك): (عبد الرحمن)، وما رجحناه موافق لما في موطأ مالك.

(7) رواه مالك بلاغًا في موطئه: **3/ 750**، في باب استئذان البكر، والأيم في أنفسهما، من كتاب النكاح، برقم **(1916)**.

والبيهقي في سننه الكبرى: **7/ 188**، برقم **(13666)** كلاهما عن القاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله رحمهما الله.

(8) قوله: (رُوي أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله... الأمر عندنا) بنصِّه في الموطأ، للإمام مالك: **3/ 750**.

(9) قوله: (ولقوله ﷺ: «تُستأمر... غيرها بخلافها) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 474**.

إليه؛ لمعرفته بذلك[1]، وقصور معرفتها هي عن ذلك؛ فجاز لهذه العلة عقده عليها جبراً[2].

قال عبد الوهاب: ولأنَّ كل ولاية ثبتت للأب على الصغيرة البكر لم تزل بمجرد البلوغ كالولاية في المال، ولأنه لا[3] يفتقر في عقد نكاحها إلى نطقها مع القدرة عليه[4] كالصغيرة[5].

وإنما قال: (**والاختيار: أن يستأذنها قبل العقد عليها**[6])؛ فلقوله ﷺ: «**شَاوِرُوا النِّسَاءُ فِي أَبْضَاعِهِنَّ**»[7].

قال الأبهري: وكذلك يُستحب[8] له[9] أن يشاور أمها فيها، وليس ذلك واجبًا عليه، ولا[10] يزوجها أبو أبيها على قول مالك؛ ألا ترى أنه لما لم يكن في باب الميراث

---

(1) عبارة (إليه؛ لمعرفته بذلك) يقابلها في (ك): (إليه؛ لأنه لم يبرز وجهها ولمعرفته بذلك)، وما رجحناه موافق لما في مخطوط شرح الأبهري.

(2) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [125/ ب].

(3) حرف النهي (لا) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك)، وما أثبتناه في معونة عبد الوهاب.

(4) في (ز): (عليها).

(5) المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 474**.

(6) عبارة (قبل العقد عليها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) قوله: (فلقوله ﷺ: «شاوروا النِّساء في أبضاعهنَّ) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 474**.

والحديث رواه ابن وهب في جامعه: **1/ 136**، برقم **(231)**.

والبيهقي في سننه الكبرى: **7/ 199**، برقم **(13706)** كلاهما عن عدي الكندي رضي الله عنه.

وأصله متفق على صحته، رواه البخاري: **9/ 21**، في باب لا يجوز نكاح المكره، من كتاب الإكراه، برقم **(6946)**.

ومسلم: **2/ 1037**، في باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، من كتاب النكاح، برقم **(1420)** عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، يُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَبْضَاعِهِنَّ؟ قَالَ: «نَعَمْ» قُلْتُ: فَإِنَّ الْبِكْرَ تُسْتَأْمَرُ فَتَسْتَحْيِي فَتَسْكُتُ؟ قَالَ: «سُكَاتُهَا إِذْنُهَا» وهذا لفظ البخاري.

(8) كلمتا (وكذلك يُستحب) يقابلهما في (ز): (وكذلك أنه يُستحب).

(9) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(10) كلمتا (عليه ولا) يقابلهما في (ز): (عليه قال مالك: ولا).

كأبيها؛ فكذلك لا يكون في باب[1] عقد النكاح عليها كالأب، والله أعلم[2].

وعليه أن يستأذنها قبل العقد عليها[3]؛ لأن ذلك أطيَب لقلبها[4]، وأدوم لصحبتها مع زوجها.

وقيل: إنه ربما كان بها عيبٌ لم يعلم به[5] الولي، فإذا استأذنها [ز: **507**/ أ] أعلمته بذلك فتحرر منه[6].

[ك: **118**/ أ] قال اللخمي: وهو أحوَط؛ ليخرج من الخلاف، وليكون العقد على[7] صفة مجمع عليها[8]، فإن أبا حنيفة يقول: لا تزوج إلَّا بإذنها[9].

[حكم تزويج البكر العانس بغير إذنها]

(وعنه في البكر المعنسة، وهي التي قد علت[10] سنُّها، وعرفت مصالح نفسها روايتان:

إحداهما جواز العقد عليها كالبكر الحديثة السن.

والرواية الأخرى منع عقده عليها إلَّا بإذنها كالثيب)[11].

فوجه القول الأول هو أنَّ العلة في إجبار البكر الحديثة السن إنما كان لأجل

(1) كلمة (باب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [**125**/ ب و**126**/ أ].

(3) جملة (وعليه أن يستأذنها قبل العقد عليها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في معونة عبد الوهاب.

(4) في (ك): (لنفسها).

(5) كلمة (به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) كلمتا (فتحرر منه) يقابلهما في (ز) و(ك): (فاشترطه على الزوج).

قوله: (وعليه أن يستأذنها قبل العقد... فتحرر منه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 474**.

(7) في (ز): (عن).

(8) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1795**.

(9) قول أبي حنيفة بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 474**.

(10) في (ز): (علا)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(11) التفريع (الغرب): **2/ 29** و(العلمية): **1/ 362**.

البكارة، والبكارة موجودة في المعنسة؛ فوجب أن يجبرها لذلك.

ووجه القول الثاني هو أن المعنى الموجب للإجبار في المعنسة إنما هو عدم خبرتها بالأمور، وقلة معرفتها بمصالحها، والمعنسة[1] قد عرفت مصالح نفسها فكانت كالثيِّب[2].

واختلف في حدِّ التعنيس؟

فقيل: ثلاثون، وقيل: أربعون، وقيل: خمسون.

ولا خلاف أن ما زاد على الخمسين تعنيس[3].

[وجوب استئذان الثيب البالغ في تزويجها]

(ولا يختلف قوله في منع الأب من العقد على الثيب البالغ إلَّا بإذنها)[4].

والأصل في ذلك ما خرجه البخاري عن خنساء بنت خدام أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهْيَ ثَيِّبٌ فَكَرِهَتْ ذَلِكَ، فَأَتَتْ رَسُولَ اللهِ ﷺ **«فَرَدَّ نِكَاحَهُ»**[5].

وقال رسول الله ﷺ: **«الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»**، خرجه مسلم[6].

وفي بعض الروايات: **«الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»**[7]، ....

(1) جملة (المعنسة إنما هو عدم خبرتها... والمعنسة) يقابلها في (ز): (حق غير المعنسة هو: أنها).

(2) قوله: (فوجه القول الأول هو: أنَّ العلة... كالثيِّب) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 475**.

(3) قوله: (واختلف في حدِّ التعنيس... الخمسين تعنيس) بنحوه في منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: **1/ 330** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **10/ 174** والمنتقى، للباجي: **7/ 528**.

(4) التفريع (الغرب): **2/ 29** و(العلمية): **1/ 362**.

(5) رواه مالك في موطئه: **3/ 767**، في باب جامع ما لا يجوز من النكاح، من كتاب النكاح، برقم **(502)**.
والبخاري: **7/ 18**، في باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود، من كتاب النكاح، برقم **(5138)** كلاهما عن خنساء بنت خذام الأنصارية رضي الله عنها.

(6) رواه مالك في موطئه: **3/ 749**، في باب استئذان البكر، والأيم في أنفسهما، من كتاب النكاح، برقم **(495)**.
ومسلم: **2/ 1037**، في باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، من كتاب النكاح، برقم **(1421)** كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(7) رواه مسلم: **2/ 1037**، في باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، من كتاب النكاح، برقم **(1421)** عن ابن عباس رضي الله عنهما.

ولأنها[1] قد خبرت أمرها وعرفت مصالح نفسها[2]، وزال الحجر عنها في مالها؛ فوجب انتفاء الإجبار عنها في مالها، ولأن الإجبار[3] لو لم يزل عنها لم تبق امرأة[4] تزوج بإذنها [ولا معنى لرفع الإجبار، وذلك باطل][5] مع أنه لا خلاف فيه[6].

واختُلِف في معنى الأيم؟

فقيل: هي الثيب خاصة[7].

وقال القاضي إسماعيل: الأيم هي التي لا زوج لها بالغًا كانت أو غير بالغ، بكرًا كانت أو ثيبًا[8].

[حكم إجبار الثيب بالزنا]

(والثيب بالزنا كالثيب بالنكاح سواء)[9].

اعلم أن الثيوبة التي ترفع الإجبار هي ما كانت عن[10] نكاحٍ صحيح، أو شُبهة نكاح، أو ملك، أو شبهة ملك[11].

واختُلِف إذا كانت الثيوبة عن زنا أو غصب؟

فقال مالك في "المدونة"[12]: وإذا زنت البكر فحُدَّت أو لم تُحد؛ فلأبيها أن

---

(1) كلمة (ولأنها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) في (ك): (شأنها).

(3) عبارة (عنها في مالها، ولأن الإجبار) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) كلمة (امرأة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) عبارة (ولا معنى لرفع... باطل) ساقطة من (ز) و(ك)، وقد أتينا بها من معونة عبد الوهاب.

(6) قوله: (وقال رسول الله ﷺ: «الأيم... فيه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 475**.

(7) قوله: (هي الثيب خاصة) بنصِّه في المعلم، للمازري: **2/ 146**.

(8) قول القاضي إسماعيل بنصِّه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): **4/ 216**.

(9) التفريع (الغرب): **2/ 29** و(العلمية): **1/ 362**.

(10) في (ك): (من).

(11) قوله: (الثيوبة التي ترفع الإجبار... شبهة ملك) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 476**.

(12) الجار والمجرور (في المدونة) ساقطان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

يزوجها كما يزوِّج البكر[1].

وذكر ابن حارث عن ابن عبد الحكم أنه قال: لا يزوجها أبوها إلَّا برضاها كالثيب[2].

قال ابن محرز: واختُلف في تعليل ذلك، فمنهم من يقول: إنَّ العلة في ارتفاع الولاية عن الثيب هي أن دخول زوجها بها ينشطها[3] ويزيل حشمتها، والزنا لا تزداد به البِكر[4] إلا حياءً وانكسارًا؛ لقبح ما ارتكبت، [ك: **118**/ ب] والعار الذي يلحقها ويزهد في نكاحها؛ فوجب بقاء الإجبار عليها[5].

ولأن البكارة يتعلق بها حجران: حجر في المال وإجبار [ز: **507**/ ب] التزويج، ثم ثبت أن ولايةَ المال[6] لا تسقط عنها بهذا الفعل، فكذلك إجبار النكاح[7].

ومنهم من يقول: لأنها تتهم أن تكون قصدت رفع ولاية أبيها عنها بما أحدثت[8]، فلم تمكن من ذلك.

قال: وهذا ينتقض بما لو زوَّجت نفسها بغير ولي، ودخل بها الزوج؛ فإنها تتهم وترتفع ولاية أبيها[9] عنها بذلك.

قال اللخمي: وأرى أن تكون كالثيب بالنكاح؛ لمعرفتها ومباشرتها ذلك.

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 414**.

(2) قوله: (وذكر ابن حارث عن ابن عبد الحكم... برضاها كالثيب) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 218**.

(3) في (ك): (يبسطها).

(4) كلمة (البِكر) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) قوله: (إنَّ العلة في ارتفاع الولاية... الإجبار عليها) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 476**.

(6) في (ز): (النكاح)، وما رجحناه موافق لما في إشراف عبد الوهاب.

(7) قوله: (ولأن البكارة يتعلق... إجبار النكاح) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 688** و**689**.

(8) في (ز): (أخذت).

(9) كلمتا (ولاية أبيها) يقابلهما في (ك): (ولايته).

ولا فرق بين أن يكون ذلك عن[1] حلال أو حرام، وأن يكون إذنها صماتها كالبكر في صفة الإذن؛ لأنها تستحي أن تقول: نعم[2].

[حكم تزويج الثيب بغير إذنها]

(وإن زوَّجها الأب بغير إذنها؛ ففيها روايتان:

إحداهما أن النكاح باطل.

والرواية الأخرى أنه[3] صحيحٌ يجوز بإجازتها إذا كان قريبًا، ويبطل بردِّها)[4].

اختُلف إذا زوَّج الأب ابنته الثيِّب بغير إذنها، فبلغها ذلك فرضيت به، فذكر ابن الجلَّاب في ذلك[5] روايتان:

إحداهما أن النكاح باطل.

والرواية الأخرى أنه صحيح يجوز بإجازتها، إذا كان قريبًا، ويبطل بردها.

فوجه المنع هو أنه نكاحٌ لا يملك الزوج من إيقاع طلاقه شيئًا[6] فكان باطلًا كالعقد على المعتدَّة، ولأنه نكاحٌ موقوف على إجازة؛ فلم يصح.

أصلُه قوله: (زوجتك ابنتي إن شاء زيدٌ).

ووجه الجواز ما رُوِيَ أن الخنساء زوَّجها أبوها كارهةً، فخيَّرها رسول الله ﷺ»[7]، ولأن الملتقط يتصدَّق باللقطة بعد انقضاء السَّنة، ويكون موقوفًا على إجازة المالك، فكذلك النكاح[8]، والأول أصح وأقيَس، والله أعلم[9].

---

(1) حرف الجر (عن) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1797 و1798.

(3) كلمة (أنه) يقابلها في (ز): (أن النكاح)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 29 و(العلمية): 1/ 362.

(5) كلمتا (في ذلك) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(6) كلمة (شيئًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) تقدم تخريجه في وجوب استئذان الثيب البالغ في تزويجها من كتاب النكاح: 254/6.

(8) في (ك): (الناكح)، وما رجحناه موافق لما في إشراف عبد الوهاب.

(9) قوله: (فوجه المنع هو: أنه نكاحٌ لا... أصح وأقيَس، والله أعلم) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: =

وقال ابن القاسم: بلغني أن مالكًا قال مرة: إن كانت بغير البلد، أو فيه فتأخر إعلامها؛ لم يجز، وإن قرب؛ جاز[1].

وقال أصبغ في كتاب ابن المواز: اختَلَف قول مالك في ذلك، فقال مرةً: لا أحب المقام عليه، وإن رضيتْ.

وقال أيضًا: إذا رضيت به؛ جاز[2]، ولم يفرِّق بين أن يكون ذلك عن قُرب أو بُعد.

واختُلِفَ بعد القول بمنعِ الإجازة في صفة الفسخ، فقال ابن القاسم: يُفسخ قبل البناء ويثبت بعده؛ لأن جُلَّ الناس على إجازته.

وقال أصبغ: يُفسخ قبل الدخول وبعده.

وقال أيضًا: يؤمرون بالترك والفسخ من غير حكم؛ لاختلاف العلماء فيه.

واختُلِفَ في وقوع الحرمة به[3].

والصواب ألَّا تقع به[4] حرمة[5]؛ لأنه غير منعقد، وهو على الرد حتى يتم ويرضى به[6].

= 2/ 690 و691.

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 415.

(2) قوله: (وقال أصبغ في كتاب ابن المواز: اختلف... به؛ جاز) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 429.

(3) كلمة (به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) كلمة (حرمة) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) كلمة (به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

قوله: (ولم يفرِّق بين أن يكون ذلك عن... ويرضى به) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1803 و1804.

[حكم تزويج اليتيمة قبل بلوغها]

(وإذا كان لليتيمة وصيٌّ أو ولي[1]، فزوَّجها قبل [ك: 117/ أ] بلوغها؛ ففيها ثلاث روايات:

إحداهنَّ أن النكاح باطل.

والرواية الثانية[2] أنه[3] جائز، ولها الخيار إذا بلغت في فسخه وإقراره.

والرواية الثالثة أنه إن كانت بها حاجة ولها في النكاح مصلحة، ومثلها يُوطأ؛ فالنكاح ثابت، ولا خيار لها فيه بعد [ز: 508/ أ] بلوغها)[4].

والأصل في ذلك ما خرجه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا**»[5]، فثبت بهذا أن اليتيمة لا تزوَّج إلَّا بإذنها، وإذنها[6] إنما يعتبر بعد[7] بلوغها؛ إذ لا إذن لغير البالغة.

واختُلِفَ إذا زوَّجها وصيُّها أو وليُّها قبل بلوغها على ثلاثة أقوال:

فقيل: إن النكاح باطل، وقيل: إنه جائز، ولها الخيار إذا بلغت في فسخه، أو إجازته[8].

---

(1) كلمتا (وصيٌّ أو ولي) يقابلهما في (ز): (ولي أو وصيٌّ) بتقديم وتأخير.

(2) في (ز): (الأخرى).

(3) كلمة (أنه) يقابلها في (ز): (أن النكاح)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) كلمة (بلوغها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وهي في طبعتي التفريع.

و التفريع (الغرب): 2/ 30 و(العلمية): 1/ 363.

(5) حسن صحيح، رواه أبو داود: 2/ 231، في باب الاستئمار، من كتاب النكاح، برقم (2093).

والنسائي: 6/ 87، في باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة، من كتاب النكاح، برقم (3270) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(6) كلمة (وإذنها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(7) كلمتا (يعتبر بعد) يقابلهما في (ك): (يعتبر فيه بعد).

(8) كلمتا (أو إجازته) يقابلهما في (ز): (وإجازته).

فرأى في القول الأول أنه نكاحٌ فيه خيار، ونكاح الخيار لا يصحُّ.

ورأى في القول الآخر أنَّ الزوجَ والولي[1] دخلا على البتِّ، والخيار أمرٌ أوجبته الأحكام سيما إن كانا يجهلان ذلك، فأشبه تزويج العبد بغير إذن سيده، ولا خلاف أن للسيد فسخه وإجازته.

وقيل: إنه إن كانت بها حاجة ولها في النكاح مصلحة، ومثلها يُوطأ؛ فالنكاح ثابت، ولا خيار لها فيه بعد بلوغها[2].

قال اللخمي: وهذا أحسن؛ لتغليب أحد الضررين[3].

قال الأبهري: لأنها لا تجد ما تُنفق على نفسها، ولأن تزويجها نظر لها؛ فجاز أن تزوَّج لهذه العلة.

قال ابن عبد الحكم: رجع مالكٌ عن هذا، وقال: لا تزوَّج حتى تبلغ وترضى[4].

قال الأبهري: وهو الصحيح؛ لأن أحدًا لا يقوم مقام الأب حتى ربما آثر صلاح ولده على صلاح نفسه، وهذا يُعرف بالمشاهدة، فإن زُوجت الصغيرة من غير حاجة تدعو إلى ذلك؛ لم يجز[5] وفسخ النكاح الأب[6].

---

(1) كلمتا (الزوجَ والولي) يقابلهما في (ك): (الولي والزوج) بتقديم وتأخير.

(2) قوله: (وقيل: إنه إن كانت بها حاجة... بعد بلوغها) بنصِّه في عقد الجواهر، لابن شاس: 2/ 417.

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1801.

(4) في (ك): (وتوطأ)، وما رجحناه موافق لما في مخطوط شرح الأبهري.

وانظر: المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 189.

(5) كلمة (يجز) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) في (ك): (الآن).

انظر: مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [139/ أ و139/ ب].

[ترتيب الأولياء على الزواج]

(والابن أَوْلَى بإنكاح أمه من أبيها، وكذلك ابن الابن أَوْلَى به من أبيها، والأخ وابن الأخ أَوْلَى به من جدها، ثم الولاية بعد ذلك مرتبة على ترتيب العصبات في المواريث)[1].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ - ثَلَاثَ مَرَّاتٍ - فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ**»، خرجه أبو داود[2].

وإنما قلنا: إن الابن أَوْلَى من الأب؛ لقوله ﷺ لعمر بن أبي سلمة رضي الله عنه: «**قُمْ فَزَوِّجْ أُمَّكَ**»[3]، ولأن الولاية بالنسب[4] مفتقرةٌ إلى تعصيب، ولا تعصيب[5] أَوْلَى من تعصيب الابن[6].

قال الأبهري: ألا ترى أنه[7] أحق بولاء مواليها من الأب، [ك: **117**/ ب] وهو أَوْلَى بالصلاة عليها من الأب؛ لقوة عصبته وقربه منها، وإذا كان كذلك؛ كان مقدَّمًا على الأب[8]، ولأن تعصيب الابن أقوى، بدليل أن الأب يصير معه من ذوي الفروض[9]،

---

(1) التفريع (الغرب): **2/ 30** و(العلمية): **1/ 363**.

(2) صحيح، رواه أبو داود: **2/ 229**، في باب الولي، من كتاب النكاح، برقم (**2083**).
والترمذي: **3/ 399**، في باب من أبواب النكاح، برقم (**1102**) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(3) ضعيف، رواه النسائي: **6/ 81**، في باب إنكاح الابن أمه، من كتاب النكاح، برقم (**3254**).
وأحمد في مسنده، برقم (**26669**) كلاهما عن أم سلمة رضي الله عنها: فَقَالَتْ لِابْنِهَا: يَا عُمَرُ، قُمْ فَزَوِّجْ رَسُولَ اللهِ ﷺ، فَزَوَّجَهُ وهذا لفظ النسائي.

(4) كلمة (بالنسب) يقابلها في (ك): (في النسب)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(5) كلمتا (ولا تعصيب) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه في معونة عبد الوهاب.

(6) قوله: (وإنما قلنا: إن الابن أَوْلَى... تعصيب الابن) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 482**.

(7) عبارة (ألا ترى أنه) يقابلها في (ز): (ولأنه).

(8) عبارة (وإذا كان كذلك؛ كان مقدَّمًا على الأب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) في (ز): (السهام).

وإذا كان تعصيبه أقوى؛ وجب أن يكون مقدَّمًا عليه؛ كالأخ للأب والأم مع الأخ للأب، وإذا كان كذلك؛ كان مقدَّمًا على الأب.

وإنما أثبتنا [ز: 508/ ب] لابن الابن الولاية؛ لأن معنى الابن موجود فيه، وهو التعصيب، ولأنه قائمٌ مقام الابن في جميع الأحكام.

وإنما قلنا: (إن الأب وليٌّ) للإجماع على ذلك.

وإنما قلنا: (إن الأخوة وبنيهم مقدَّمون[1] على الجد في ولاية النكاح) لأن تعصيبهم أقوى؛ لأنهم يدلون بالبنوَّة والجد يدلي بالأبوة؛ لأن الأخ يقول: (أنا ابن أبيها) والجد يقول: (أنا أبو أبيها) وقد بيَّنَّا أن تعصيب البنوة أقوى من تعصيب الأبوة[2].

[الوصية بالنكاح جائزة]

(والوصية[3] بالنكاح جائزة؛ كالوصية[4] بالمال)[5].

والأصل في ذلك ما رُوي عن قدامة بن مظعون رضي الله عنه أنه لما زوَّج ابنة أخيه قال: يا رسول الله أنا عمُّها ووصي أبيها، فلم ينكر ذلك رسول الله ﷺ[6].

ولأنها ولاية كانت ثابتة للأب على ابنته الصغيرة حال حياته، وكان له نقلها إلى غيره بعد وفاته كولاية المال، ولأنها تولية من الأب في إنكاح من يلي عليه[7] كالوكيل[8].

---

(1) في (ك): (يقدَّمون).

(2) قوله: (وإنما أثبتنا لابن الابن... تعصيب الأبوة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 483.

(3) في (ز): (والوصايا)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) في (ز): (كالوصايا)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 30 و(العلمية): 1/ 364.

(6) رواه الدارقطني في سننه: 4/ 330، برقم (3546).

والبيهقي في سننه الكبرى: 7/ 183، برقم (13656) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(7) كلمتا (يلي عليه) يقابلهما في (ك): (يليه)، وما رجحناه موافق لما في إشراف عبد الوهاب.

(8) قوله: (ولأنها ولاية كانت ثابتة للأب على... عليه كالوكيل) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 690.

[أيهما أولى بولاية النكاح الوصي أم الولي؟]

(والوصيُّ أَوْلَى بالنكاح من الولي، ويُستحب له أن يشاور الولي)[1].

اختُلف إذا كان للمرأة وصي وولي أيهما يتولى عقد النكاح؟

فقال مالك وابن القاسم: الوصيُّ أحقُّ من الولي، ويُستحب له أن يشاور الولي[2]؛ لأن الوصي قد جمع أمرين ولاية الدين، قال تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: 71]، ولأن الأب أقامه مقامه.

قال الأبهري: لأنه وكّله، والوكيل يقوم مقام الموكِّل، فإذا كان باقيًا[3]؛ فالوكيل أولى به[4] من الأولياء، ولا خلاف في ذلك بين أهل العلم.

وإن كان استخلفه بعد موته؛ فهو وصي.

والوصي أَوْلَى بالعقد على من يلي من الصغار؛ ذكورًا كانوا أو إناثًا، إذا كان الإناث قد بلغن وأَذِنَّ في ذلك؛ لأنه يقوم مقام الأب في ذلك النكاح، كما يقوم مقامه في المال، وإنما استحب له مشاورة الأولياء؛ تطييبًا لنفوسهم.

قال اللخمي: وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم: الوليُّ أحق من الوصي[5]، ولا تزويج للوصي إلَّا أن يكون وليًّا.

قال اللخمي: وهو أحسن؛ لأن الوصي أجنبي، وإنما هو وكيلٌ على النظر في المال[6].

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 30 و(العلمية): 1/ 364.

(2) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 167 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 421 منسوبًا ليحيى بن سعيد والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 400.

(3) كلمتا (كان باقيًا) يقابلهما في (ز): (كان الأب باقيًا).

(4) كلمة (به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(5) قول ابن الماجشون بنصِّه في المفيد للحكام، لأبي الوليد هشام بن هشام (بتحقيقنا): 2/ 18.

(6) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1784.

قال مالك: وللوصي أن يزوِّج البكر البالغ برضاها، وإن كره الولي[1].

[ك: 116/ أ] قال ابن يونس: لأنها[2] ولاية للأب كانت على ابنته البِكر[3]، فكان له نقلها إلى من شاء بعد وفاته، كولاية المال[4].

قال مالك: ولو زوَّجها الوليُّ برضاها من رجلٍ[5] بعد أن حاضت ولها وصي، أو وصي وصي[6]؛ لم يجز نكاحه[7].

قال ابن المواز: وللوصي[8] أن ينقض نكاحه، فإن اختلفا؛ نظر السلطان[9].

وإذا ثبت أن الوصي أَوْلَى من الولي؛ فلا يزوِّج الصغيرة حتى تبلغ؛ لأن رسول الله ﷺ [ز: 509/ أ] «**أمر باستئذان اليتيمة**»[10]، ولا إِذْن إلَّا للبالغة، فإذا بلغت زوَّجها برضاها، وليس له جبرها على[11] النكاح؛ لأن أحدًا لا يقوم مقام الأب في ذلك، وليس للأب أن يجعل الإجبار للوصي؛ لأن الأب إنما ملك[12] ذلك لمعنى يرجع[13] إليه لا يوجد في غيره.

فإن كانت البكر صغيرة؛ انتظر بلوغها ثم استأذنها؛ إلَّا أن يكون الأب قد[14] عين له

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 420**.

(2) في (ز): (لأنه).

(3) كلمة (البِكر) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 233**.

(5) الجار والمجرور (من رجل) يقابلهما في (ز): (برجلٍ).

(6) كلمة (وصي) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في المدونة.

(7) المدونة (صادر/ السعادة): **2/ 167**.

(8) في (ز): (وللولي)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(9) قوله: (قال ابن المواز: وللوصي أن... نظر السلطان) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 234**.

(10) رواه الدارقطني في سننه: **4/ 347**، برقم **(3576)** عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(11) في (ك): (في).

(12) في (ك): (يملك).

(13) كلمتا (لمعنى يرجع) يقابلهما في (ز): (بمعنى رجع).

(14) الحرف (قد) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

من يعقد عليها منه؛ فله أن يعقد عليها في حال صغرها؛ لأن ذلك الإجبار من الأب، والوصي كالوكيل، وإن كانت كبيرة؛ زوَّجها برضاها[1].

وفي كتاب ابن المواز: إذا قال الأب للوصي: زوِّج ابنتي فلانًا، أو ممن ترضاه، أو زوِّجها[2] فقط؛ فللوصي أن يزوِّجها قبل البلوغ، وله إكراهها بعد البلوغ كالأب.

وإن قال: (فلان وصيي) فقط، أو قال: (وصيي على بضع[3] بناتي) فلا يزوجهن حتى يبلغن ويرضين، وليس لها ولا للوصي أن يأبيا ذلك إذا طلب ذلك مَنْ سماه الأب، ويحكم له بذلك؛ إلَّا أن يكون لها في ذلك حجة؛ مثل أن يكون يوم أمره الأب بتزويجه مأمونًا مرضيًا حسن الحال، ثم خرج بعد ذلك إلى الفسق والتلصُّص؛ فيبطل الحاكم عليها وصية الأب؛ سواء أحبته أم كرهته.

قيل: فلو كانت حجتها أن قالت: كان هذا الرجل يوم أمر أبي بإنكاحي منه خلوًا[4] من النساء، وهو الآن قد تزوَّج، أو قالت[5]: قد اتخذ السراري فلستُ أُدخل عليَّ الضرر.

قال: ليس هذا مما تردُّ به النكاح عن نفسها، والأمر لها لازم[6].

---

(1) قوله: (إذا ثبت أن الوصيَّ أَوْلَى من الولي... زوَّجها برضاها) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 484.

(2) كلمتا (أو زوِّجها) يقابلهما في (ك): (وزوِّجها)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد.

(3) في (ز): (بعض).

(4) في (ز): (مخلوًا).

(5) في (ك): (قال).

(6) من قوله: (وفي كتاب ابن المواز: إذا قال الأب للوصي) إلى قوله: (النكاح عن نفسها، والأمر لها لازم) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 401 وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 234 و235.

[في العقد على الصغير والمبارأة عنه]

(والوصيُّ في الثيب وليٌّ من الأولياء، وهو وغيره في العقد عليها سواء، ولا يختلف قوله في جواز العقد على الصغير [قبل بلوغه][1] يعقده[2] عليه أبوه[3] أو وصيه. وكذلك تجوز المبارأة عنه قبل بلوغه)[4].

أما قوله: (**والوصي في الثيب وليٌّ من الأولياء، وهو وغيره في العقد عليها سواء**) فإنما قال ذلك؛ لأنَّ كل واحدٍ منهم[5] لا يعقد عليها بغير إذنها، فلا فضيلة للوصي على غيره من الأولياء؛ لأنهم كلهم يصلون إلى العقد عليها بإذنها لهم.

واختُلِف في جواز العقد [ك: **116**/ ب] على الصغير؟

فقال مالك: وللأب أو الوصي[6] أن يزوِّج الطفل قبل بلوغه، وليس ذلك لغيرهما من الأولياء -وفرَّق بينه وبين الطفلة- فقال: لأنَّ للطفل أن يطلِّق إذا بلغ، وليس ذلك للطفلة؛ إذ الطلاق ليس بيدها[7].

وبهذا الفرق يفرق بين المكاتب والمكاتبة.

والفرق بينهما أن المكاتب يقدر على حلِّ العقد؛ إذ الطلاق بيده، والمكاتبة[8] لا تقدر على حلِّه؛ إذ الطلاق ليس[9] بيدها فافترقا.

---

(1) كلمتا (قبل بلوغه) ساقطتان من (ز) و(ك)، وقد أتينا بهما من طبعتي التفريع.

(2) في (ز) و(ك): (يعقد)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) كلمتا (عليه أبوه) يقابلهما في (ز) و(ك): (عليه وليه أبوه)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) جملة (ولا يختلف قوله في جواز العقد... قبل بلوغه) جاءت متأخرة في نسخة (ك) بعد قوله: (إلى العقد عليها بإذنها لهم).

و التفريع (الغرب): **2**/ **30** و(العلمية): **1**/ **364**.

(5) كلمة (منهم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) كلمة (أو الوصي) يقابلها في (ك): (والوصي)، وما رجحناه موافق لما في اختصار ابن أبي زيد.

(7) قول الإمام مالك بنحوه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): **1**/ **651**.

(8) جملة (والفرق بينهما: أن المكاتب... والمكاتبة) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(9) كلمتا (الطلاق ليس) يقابلهما في (ك): (ليس الطلاق) بتقديم وتأخير.

ذكر هذا الفرق عبد الحق في نكته، ولم يجعل للصبي إذا بلغ في ذلك خيارًا[1].

وقال أبو حنيفة: يجوز العقد عليه، وله الخيار إذا بلغ.

وقال [ز: **509**/ ب] الشافعي: لا يجوز ذلك بحال.

قال القاضي عبد الوهاب رَحِمَهُ اللهُ: ودليلنا على جواز العقد أنه عَقْد معاوضةٍ يجوز أن يليه الصغير بنفسه إذا بلغ، وكان للوصي أن يعقده بحق النظر كالإجارة، ولأنه يلي [على][2] ماله؛ فجاز له أن يجبره على النكاح كالأب.

قال: ودليلنا على أنه لا خيار له إذا بلغ هو أنه نكاحٌ عَقَدَهُ من يلي النظر في ماله كعقد البيع، واعتبارًا بالبيع[3].

وقال مالك في كتاب ابن المواز: ليس في هذا نظر ولا يعجبني[4]، فجعل العقد عليه مكروهًا.

ووجهه هو أنَّ الصغير لا حاجة له الآن إلى النكاح، ولا مصلحة له فيه من طريق المال[5]؛ لأنه يوجب[6] عليه مهرًا[7]، وقد يموت الآن فترثه الزوجة، فإذا لم تكن له حاجة تدعوه[8] إلى ذلك؛ فأقلُّ أحواله أن يكون العقد عليه مكروهًا.

وفي إجبار البالغ المولى عليه خلاف، فعند ابن الماجشون: ليس للولي إجباره، وعند ابن حبيب له[9] ذلك.

فوجه نفي الإجبار هو أن النكاح طريقه الملاذ، فلم يكن له إجباره عليه كسائر

---

(1) النكت والفروق، لعبد الحق الصقلي: **1/ 210**.

(2) حرف الجر (على) ساقط من (ز) و(ك) وقد أتينا به من معونة عبد الوهاب.

(3) من قوله: (وقال أبو حنيفة: يجوز العقد عليه، وله الخيار إذا بلغ) إلى قوله: (ماله كعقد البيع، واعتبارًا بالبيع) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 484** و**485**.

(4) قول الإمام مالك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 416**.

(5) كلمة (المال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في معونة عبد الوهاب.

(6) كلمتا (لأنه يوجب) يقابلهما في (ز): (لأنه لا يوجب)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(7) في (ز): (مميزًا).

(8) كلمة (تدعوه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) كلمتا (حبيب له) يقابلهما في (ز): (حبيب ليس له)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

الملاذ والشهوات، ولأن النكاح لا مصلحة له فيه من طريق المال؛ لأنه يوجب عليه مهرًا ونفقة، وإنما المصلحة فيه من طريق الحاجة إليه، فإذا لم يحتج إليه؛ لم يكن له إجباره.

ووجه إثباته اعتبارًا بالصغير[1]، ولأن الولاية ثبتت عليه؛ لنقصه عن معرفة مصالحه، وذلك لا يخص بعض مصالحه دون بعض[2]، فلو اعتبرنا رضاه لم تؤثر الولاية [فيه][3] شيئًا[4].

[حكم الصداق في طلاق الصغير وصداق الصغير الفقير على أبيه]

(وإذا زُوِّج الصغير، فبلغ فطلَّق قبل الدخول؛ فعليه نصف الصداق، وإن دخل بها؛ فعليه الصداق كلُّه)[5].

أجمع[6] أصحابنا على أن الصبيَّ إذا زوَّجه أبوه أو وصيه أن نكاحه صحيحٌ لازم، ولا خيار فيه للولد إذا بلغ، وإذا ثبت أنه لا خيار له؛ كان حكمه في ذلك حكم الكبير، فإن طَلَّق قبل الدخول؛ فعليه نصف الصداق كاملًا كالكبير.

(وإن زوَّجه أبوه ولا مال له؛ فالصداق على الأب، ولا ينتقل وجوبه إلى الابن بيُسْره[7]**، وإن [كان له مالٌ عند العقد؛ فالصداق في مال الابن، ولا ينتقل إلى الأب بعسره.**

---

(1) في (ز): (بالصغر)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(2) عبارة (مصالحه دون بعض) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) و(ك)، وقد أتينا بها من معونة عبد الوهاب.

(4) قوله: (ووجهه هو: أنَّ الصغير لا حاجة له الآن إلى النكاح... فيه شيئًا) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 485.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 31 و(العلمية): 1/ 365.

(6) في (ز): (اجتمع).

(7) في (ز): (بعُسْره) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

وإن][1] بلغ الابن معسرًا قبل الدخول، وقد كان موسرًا عند العقد؛ فالصداق دَينٌ عليه)[2].

اعلم أن الصغير إذا زوَّجه أبوه[3] على مهرٍ؛ فلا يخلو الصغير من وجهين إما أن يكون موسرًا عند العقد أو معسرًا، فإن كان موسرًا؛ كان الصداق على الابن؛ إلَّا أن يجعله الأب على نفسه؛ فيلزمه.

وحكى ابن حارث الاتفاق على ذلك، وعلل[4] ذلك بأن عقد النكاح من [ك: 115/ أ] عقود المعاوضات.

قال عبد الوهاب: ومن حق عقود المعاوضات أن يكون العوض على[5] من ملك [ز: 510/ أ] المعوض، كما لو اشترى له أبوه ثوبًا أو عقارًا؛ فإنَّ ثمنه يكون في مال الصغير، كذلك إذا زوجه.

فإن زوَّجه موسرًا ثم بلغ بعد ذلك معسرًا؛ لم ينتقل عنه وكان دَيْنًا في ذمته، وإن كان معسرًا؛ كان الصداق على الأب؛ لأنه ليس من النظر أن يلزم الأب ذمة الابن دَيْنًا لا يحتاج إليه؛ لأن الصبيَّ لا يحتاج إلى التزويج، فإن أيسر الابن بعد ذلك؛ لم ينتقل إليه بيسره.

قال عبد الوهاب: لأنه قد[6] استقرَّ على الأب، فإن أعسر الأب بعد بلوغ الابن وقبل دخوله بالمرأة، فقالت المرأة: لا أسلِّم نفسي إلَّا بعد قبض صداقي، قيل للابن: (إن أردتَ الدخول فأدِّ الصداق وإلا فطلِّق، ولا يلزمك شيء)[7]، ولا يكون له إليها

(1) جملة (كان له مال عند العقد... بعسره، وإن) ساقط من (ز) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا بها من طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 31 و(العلمية): 1/ 365.

(3) جملة (أو وصيه أن نكاحه صحيحٌ... إذا زوجه أبوه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) في (ز): (وعلى).

(5) حرف الجر (على) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز)، وما أثبتناه في معونة عبد الوهاب.

(6) الحرف (قد) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(7) المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 485 و486.

سبيل إلَّا بعد دفع المهر.

قال الأبهري: لأنَّ المرأة تقول: (أنا لا أسلِّم بضعي[1] بغير عوض يُدفع إليَّ) كما لو باعت سلعة ثم لم يدفع إليها ثمنها؛ لم يكن عليها التسليم، وكذلك المهر؛ لأنه بدل البضع، فإذا لم يقدر على دفع ذلك إليها؛ لم يكن عليها تسليمه.

قال اللخمي: وإذا زوَّج الأب ابنه وهو صغير، أو كبير سفيه؛ فالصداق على ثلاثة أوجه:

إما أن يشترطه الأب على نفسه، أو على ولده، أو يطلق العقد[2] ولا يشترطه[3]، والولد صغير أو كبير، معسر أو موسر[4]، فإن اشترطه الأب على نفسه؛ لم يؤخذ به الابن موسرًا كان أو معسرًا، صغيرًا كان[5] أو كبيرًا؛ لأن ذلك من الأب على وجه الحمل.

وإن اشترطه على الابن، أو أطلق العقد والابن موسر[6]؛ كان على الابن.

وإن كان معسرًا أو أطلق العقد؛ كان على الأب[7] يؤخذ منه في حياته، ومن رأس ماله بعد وفاته.

واختُلف إذا اشترطه على الابن وهو معسر؛ فقال ابن القاسم: يكون على الأب.

وقال أصبغ: يكون على الابن كما شرطه[8] بمنزلة ما لو اشترى له سلعة باسمه وكتب الثمن عليه.

---

(1) في (ز): (نفسي).

(2) في (ز): (الأمر)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) في (ز): (يشترط).

(4) عبارة (معسر أو موسر) يقابلها في (ك): (موسر أو معسر) بتقديم وتأخير.

(5) كلمة (كان) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) كلمتا (والابن موسر) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.

(7) جملة (وإن كان معسرًا أو... على الأب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.

(8) كلمتا (كما شرطه) في (ز): (كما لو شرطه)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

قال: وإنما يلزم الأب إذا زوجه مبهمًا[1] والابن عديم[2].

قال مالك: ومن زوَّج ابنه واشترط النفقة على الأب؛ فقد اختُلف في ذلك، فقيل: إن كان صغيرًا؛ فذلك على الأب ما عاش، وما كان الزوج مولى عليه.

وإذا مات الأبُ؛ لم يكن لها بعد موته شيء لا في ثلثه، ولا في رأس ماله.

وإن كان الابن كبيرًا ليس بمولى[3] عليه؛ فليس هذا الشرط جائزًا، فإن أدرك قبل البناء؛ فرق بينهما، وإن دخل بها سقط الشرط.

وقيل: لا يجوز في صغيرٍ ولا كبير ويفسخ النكاح[4]، [ك: **115**/ ب] وهو أعجبُ إلينا.

قال الأبهري: وإنما قال ذلك[5]؛ لأنَّ من شرطِ[6] النفقة وحقها في النكاح أن تكون على الزوج دون غيره، فإذا شرطت النفقة على غيره؛ لم يجز، وفسخ العقد قبل الدخول كما يُفسخ إذا عقد على خمر أو خنزير؛ لأنهم عقدوه على خلاف شرطِ الله ﷻ.

وإذا دخل؛ لم يفسخ؛ [ز: **510**/ ب] لأنَّ النفقة تجب بالدخول، وقد استقرت على الزوج وبطل الشرط الفاسد، كما يجب المهر بالدخول ويبطل[7] المهر الفاسد، وكذلك النفقة.

ووجه قوله: (يجوز في الصغير والمولى عليه) فلأنهم لم يقصدوا بهذا الشرط مخالفة شرط الله ﷻ، وإنما أرادوا بذلك ضمان النفقة على الصغير، لا[8] أنه ليس[9] يقوم بدفع النفقة، وكذلك المولى عليه؛ فجاز الشرط لهذه العلة؛ لأنه ليس في ذلك نقل

---

(1) في (ز): (منها)، وما رجحناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد: **4/ 420** وتبصرة اللخمي.

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1932**.

(3) في (ز): (مولى).

(4) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 551** و**552**.

(5) كلمة (ذلك) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) في (ز): (شروط).

(7) كلمة (ويبطل) يقابلها في (ز): (ويبطله شرط).

(8) في (ك): (إلَّا).

(9) كلمة (ليس) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

النفقة من الزوج إلى غيره.

[أقسام ولاية النكاح]

(والولاية في النكاح على ضربين عامة وخاصة.

فالعامة ولاية الاعتقاد والديانة، والأصل فيها قوله ﷻ: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: 71].

والولاية الخاصة ولاية النسب، والقرابة؛ لقول الله[1] ﷻ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: 75]، والمولى المعتِق الأعلى عصبة للمولى المعتَق[2] الأسفل، إذا لم يكن له عصبة من قرابته.

ولا ولاية للأسفل على الأعلى؛ إلَّا أن يكون للأسفل على الأعلى نعمة عتق على أبيه أو جده؛ فيكون[3] كل واحد منهما مولى لصاحبه)[4].

اعلم أن المولى الأعلى عصبة للمولى[5] الأسفل إذا لم يكن له عصبة من قرابته؛ لأن ولاية النسب مقدمة على ولاية العتق؛ ألا ترى أنهم في الميراث مقدَّمون على المعتق، وأن المعتق لا يأخذ إلَّا ما فضل عنهم، وكذلك في ولاية النكاح؛ لأنها مرتبة عليها، فإذا لم يكن أحدٌ من عصبتها؛ كان أولى بعقد نكاحها، وهو مقدَّم على ولاية الإسلام.

والمعتق الأعلى هو الذي أعتق، والمولى الأسفل هو المنعم عليه بالعتق، ولا ولاية للأسفل على الأعلى؛ لأن الأعلى لو مات ولم يترك وارثًا وترك معتقه؛ لم يرثه المعتق، ولم[6] يستحق شيئًا من ماله، فكذلك لا يستحق الأسفل على الأعلى ولاية نكاح.

---

(1) كلمتا (لقول الله) يقابلهما في (ز): (والأصل فيها قوله)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) كلمتا (للمولى المعتَق) في (ك): (للمعتق)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) في (ك): (ويصير).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 31 و(العلمية): 1/ 365 و366.

(5) في (ك): (للمعتق).

(6) في (ز): (ولا).

قال ابن الجلَّاب: **(إلَّا أن يكون للأسفل على الأعلى نعمة عتق على أبيه أو جدِّه)** وصورة ذلك أن تشتري المرأة عبدًا فتعتقه، ثم يشتري ذلك[1] المعتق أب هذه المرأة المعتقة أو جدها فيعتقه، فيكون هذا [ك: **114**/ أ] العبد معتقًا لهذه المرأة، وتكون[2] هذه المرأة بنت ابن معتق هذا العبد، أو بنت ابن ابن هذا[3] المعتق، فتكون له الولاية عليها.

[غير الولي يزوِّج المرأة الشريفة بإذنها]

(وإذا زوَّج المرأةَ غير وليِّها بإذنها وكانت شريفةً ذات بال وقَدْر؛ فالوليُّ بالخيار في فسخ نكاحها أو إقراره)[4].

اختُلِف إذا تزوجت المرأة بولايةِ الإسلام مع وجود ولاية النسب، وهي ذات بال وقدر، فذكر [ز: **511**/ أ] القاضي عبد الوهاب عن مالك أن النكاح ماضٍ بالعقد[5].

وقال مالك في "المدونة": الولي بالخيار بين أن يمضيَه أو يرده.

وقال سحنون: يفسخ أبدًا.

يريد: وإن تطاول وولدت الأولاد[6]؛ لأنه نكاحٌ عقده غيرُ ولي.

قال الأبهري: ولأنه لا[7] نكاح لأحدٍ من المسلمين مع العصبة، ولا يقومون مقامهم، كما لا يقوم أحدٌ[8] من الأولياء مقام الأب في البكر.

وقال ابن القاسم: إن أجازه الولي بالقرب؛ جاز؛ سواءٌ دخل بها الزوج أم لا، وإن

---

(1) كلمتا (يشتري ذلك) يقابلهما في (ك): (يشتري المرأة ذلك).

(2) كلمة (وتكون) يقابلها في (ك): (أو تكون).

(3) كلمتا (ابن هذا) يقابلهما في (ز): (ابن معتق هذا)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) كلمتا (أو إقراره) يقابلهما في (ز): (وإقراره)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع (الغرب): 2/ 31 و32 و(العلمية): 1/ 366.

(5) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 481.

(6) قوله: (اختُلف إذا تزوجت المرأة بولاية الإسلام... وولدت الأولاد) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1787 و1788.

(7) كلمة (لا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) في (ك): (واحدٌ).

أراد فسخه بحدثان ذلك؛ فذلك له.

فأما إن طالت إقامتها معه، وولدت الأولاد؛ أمضيته إن كان ذلك صوابًا، ولم يفسخ[1].

قال الأبهري: وإنما لم يفسخ إذا طالت إقامتها وجاء الولد، من قِبَل أنَّ فسخه في هذه الحال يقبح، فاستحسن إجازته؛ لهذه العلة.

قال ابن يونس: وتحصيل مذهب ابن القاسم [فيها][2] هو أنه إذا طال قبل[3] البناء؛ فلا بدَّ من فسخه، وإن طال بعد البناء؛ فلا بدَّ من إجازته، وإنما يخير الولي في القرب[4].

قال اللخمي: ومنشأ[5] الخلاف هل تقدمة ولاية النسب على ولاية الإسلام من باب أولى[6]؟ أو ذلك حق له، أو حق لله سبحانه؟

قال: فعلى ما ذكره عبد الوهاب ولي النسب مقدَّم من باب أولى، فأمضاه له[7].

قال الأبهري: ولأنه فَعَلَ ما على الولي من العصبة أن يفعله؛ لأنه لو امتنع من ذلك جُبر عليه، فقام ولي الإسلام مقام ولي العصبة.

ومرة رآه حقًّا للولي فيقوم بحقه في ذلك، فيفسخه أو يسقط حقه[8].

قال المازري: وإنما دخل الولي لينفي عن نفسه المعرَّة أن تضع نفسها في غير كفء، والكفاءة معتبرة [عندنا][9] بالدين[10] دون النسب.

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 423.

(2) كلمة (فيها) ساقطة من (ز) و(ك)، وقد أتينا بها من جامع ابن يونس.

(3) في (ز): (بعد)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 239.

(5) في (ز): (وسبب).

(6) في (ك): (الولاء)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1788.

(8) قوله: (ومرة رآه حقًّا للولي فيقوم... حقه) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1788.

(9) كلمة (عندنا) ساقطة من (ز) و(ك) وقد أتينا بها من معلم المازري.

(10) في (ز): (والدين)، وما رجحناه موافق لما في معلم المازري.

وحُكِيَ عن[1] ابن الماجشون أنها إذا تزوَّجت غير كفء فسخ النكاح وإن رضوا أجمعون.

ولعله يريد: إذا تزوجت[2] فاسدَ الدين ممن يغلب على الظن أنه يُفسِد دينها؛ فيصير ذلك حقًّا لله سبحانه؛ فيفسخ حينئذ[3].

[غير الولي يزوِّج المرأة الدنيئة]

(وإن كانت دنيئة مثل [ك: 114/ ب] السعاية، والمسلمانية، والأمة المعتقة، ومن لا بال لها، وكل أحد كفؤ لها؛ فنكاحها جائز، ولا خيار لوليها فيها.

وقد قيل: لا يزوجها إلَّا وليها أو السُّلطان؛ شريفة كانت أو دنيئة)[4].

اختُلف[5] في المرأة الدنيئة مثل المعتقة والمسلمانية والسعاية والمسكينة، ومن لا منصب لها تفوِّض أمرها إلى رجل أجنبي فيزوجها ولها ولي؛ فرأى مالك مرةً أن كل الناس لها ولي، ورأى مرةً أن ولايتها تختص بمن له نسب مثل غيرها[6].

قال الأبهري: وإذا كانت المرأة لا خَطْبَ لها مثل الدنيئة[7]، وهي المعتقة والسوداء، والتي قد أسلمت ولا عصبة[8] لها من قرابة؛ فهذه أولياؤها المسلمون، فمن عقد عليها؛ جاز؛ لأنها لم تدخِل المعرة على من أعتقها أو أسلمت على يديه إذا وضعت نفسها في[9] غير كفء. [ز: 511/ ب]

---

(1) حرف الجر (عن) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز)، وما أثبتناه في معلم المازري.

(2) جملة (غير كفؤ فسخ النكاح... إذا تزوجت) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في معلم المازري.

(3) المعلم، للمازري: 2/ 145.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 32 و(العلمية): 1/ 366.

(5) كلمة (اختُلف) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) قوله: (اختُلف في المرأة الدنيئة مثل المعتقة... مثل غيرها) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1789.

(7) كلمتا (مثل الدنيئة) يقابلهما في (ك): (كالدنيئة).

(8) في (ز): (عصيب).

(9) في (ك): (من).

ومن كان لها عصبة من قرابة؛ فليس يجوز أن يعقد عليها غيرهم؛ لأنَّ في ذلك إخراج حق لهم عن أيديهم، وهو ما يختارون[1] لها من الكفء ويرضون به[2]؛ لأنها لو أرادت[3] غيره؛ لم يجز لها ذلك إلَّا بإذنهم؛ لأنهم بإجازتهم تركوا حقًّا لهم، ولم يكن النكاح في أصله فاسدًا؛ لأنه عقد بولي، وهي الولاية العامة، ولم تعاقب هي ولا من زوَّجها؛ لأنهم فعلوا ما هو جائزٌ فِعلُه عندهم إذا كان النكاح عندهم[4] منتشرًا[5].

[في المرأة تجيز تزويج الولي بغير إذنها]

(وإذا زوَّج الولي المرأةَ بغير إذنها، ثم علمت بذلك فأجازته؛ ففيها روايتان:
إحداهما أن النكاح باطل.
والأخرى[6] أنه جائز إذا أجازته بقربه)[7].

واختلف إذا زوَّج الأبُ[8] ابنته الثيب بغير أمرها، فرضيت بذلك لما بلغها، فأجاز ذلك مالك مرةً إذا كانت الإجازة بقُربِ العقد.

قال سحنون: مثل ما بين مصر والقلزم، ومنَعَه إذا بَعُدَ ما بينهما لغيبة، أو لتأخير إعلام[9].

قال الأبهري: ولا يجوز للأب ولا لأحدٍ من الأولياء أن يزوِّج ثيبًا بالغًا بغير رضاها، فمتى فَعَلَ ذلك؛ كان النكاح فاسدًا من قِبَل أنها هي الأصل في جواز العقد وفسخه؛ ألا ترى أن أولياءها لا يعقدون النكاح عليها إلَّا بإذنها، فمتى لم تأذن؛ لم يصح العقد، ولا

---

(1) في (ز): (يرضون).
(2) كلمتا (ويرضون به) يقابلهما في (ز): (ويختارونه).
(3) في (ك): (أراد).
(4) كلمة (عندهم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).
(5) ما يقابل كلمة (منتشرًا) غير قطعيِّ القراءة في (ز).
(6) كلمة (والأخرى) يقابلها في (ز): (والرواية الأخرى).
(7) التفريع (الغرب): 2/ 32 و(العلمية): 1/ 366.
(8) كلمة (الأب) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.
(9) قوله: (واختلف إذا زوَّج... لتأخير إعلام) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1803.

يجوز وإن أجازته؛ لأنَّ أحدًا لا يقوم مقامها في العقد عليها إذا لم تأذن[1].

وقال مالك في كتاب ابن المواز: ما أحب المقام عليه، وإن رضيت.

واختُلِفَ بعد القول بمنعِ الإجازة في صفة الفسخ فقال ابن القاسم: يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده؛ لأنَّ جُلَّ الناس [ك: 113/ أ] على إجازته.

وقال أصبغ: يفسخ قبل الدخول وبعده.

وقال أيضًا: يؤمرون[2] بالتركِ والفسخ من غير حكم؛ لاختلاف العلماء فيه[3].

[في الوصي يزوِّج وصيته من نفسه، وفي المعتِق يتزوج معتقته]

(ويجوزُ للوصي[4] أن يزوِّج وليَّته من نفسه بإذنها[5].

وينبغي له أن يُشهد على رضاها[6] احتياطًا من منازعتها، فإن لم يشهد على ذلك، والمرأة مُقرةٌ بالنكاح؛ فهو جائز.

ولفظ ذلك أن يقول لها: قد تزوجتك على صداق[7] كذا وكذا، وترضى[8] به.

وكذلك مَن أعتق أمة، ثم أراد نكاحها؛ فله[9] أن يزوجها من نفسه من غير أن يردَّ ذلك إلى غيره، وليس عليه استئذان الحاكم فيه)[10].

---

(1) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [138/ أ].

(2) في (ك): (يؤمر).

(3) قوله: (وقال مالك في كتاب ابن المواز: ما أحب المقام... العلماء فيه) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 429 وبنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1803 و1804.

(4) في (ز): (للمولى)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) كلمة (بإذنها) ساقطة من (ز)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) كلمتا (على رضاها) يقابلهما في (ز): (عليها)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) كلمة (صداق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في طبعتي التفريع.

(8) كلمتا (وكذا وترضى) يقابلهما في (ز): (وكذا من المال، وترضى)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(9) كلمتا (نكاحها؛ فله) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وهما في طبعتي التفريع.

(10) التفريع (الغرب): 2/ 32 و(العلمية): 1/ 366 و367.

والأصل في ذلك ما رُوي عن عروة بن الزبير رضي الله عنه أنه سأل عائشة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ عن قول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِي ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: 3]، فقالت: "هي اليتيمة تكون في حجر وليها فيعجبه مالها وجمالها، فيريد وليها أن يتزوجها من غير أن يقسط لها في صداقها، فنُهُوا أن ينكحوهنَّ إلا أن يقسطوا لهن"[1].

فوجه الدليل أنه أباح لهم [ز: 512/ أ] تزويجهن إذا أقسطوا لهن في صدقاتهن، ولأنَّ رسول الله ﷺ: «**أعتق صفيَّة وتزوجها**»[2]، ولأنه وليٌّ كالإمام الأعلى، ولأنه عَقَد على امرأة يجوز له نكاحها، فأشبه عقده عليها من أجنبي[3].

فإن قيل: كيف يجوز للإنسان أن يزوج من نفسه، ولا يشتري من نفسه[4]، ولو جاز ذلك؛ لجاز أن يبيع من نفسه ويشتري من نفسه؟

قيل له: البيع يقع فيه غبنٌ ومحاباة، فمتى باع من نفسه، أو اشترى من نفسه[5]؛ كان الأمر في ذلك إلى صاحب السلعة إذا كان فيها غبنٌ، فإن شاء أجاز، وإن شاء ردَّ، وإن لم يكن غبن؛ فالبيع جائز، وكذلك النكاح جائزٌ إذا رضيت المرأة.

إذا ثبت أنه جائز؛ فهل يلي هو عقد النكاح على نفسه؟ أم يوكِّل غيره يعقد عليه؟

قال اللخمي: فأجازه مالك مرةً.

---

(1) متفق على صحته، رواه البخاري: 3/ 139، في باب شركة اليتيم وأهل الميراث، من كتاب الشركة، برقم (2494).

ومسلم: 4/ 2313، في كتاب التفسير، برقم (3018) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(2) متفق على صحته، رواه البخاري: 7/ 6، في باب من جعل عتق الأمة صداقها، من كتاب النكاح، برقم (5086).

ومسلم: 2/ 1045، في باب فضيلة إعتاقه أمته، ثم يتزوجها، من كتاب النكاح، برقم (1365) كلاهما عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(3) قوله: (ولأنَّ رسول الله ﷺ أعتق صفيَّة وتزوجها... من أجنبي) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 698 و699 والمعونة، لعبد الوهاب: 1/ 488.

(4) عبارة (ولا يشتري من نفسه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(5) كلمتا (من نفسه) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

وحكى ابن القصَّار عن المغيرة أن ذلك يجوز إذا وكَّل غيره.

قال اللخمي: والأحوط أن توكِّل غيره، فإن وكَّلته؛ مضى وجاز.

والخلاف في الأمة المعتقة كالخلاف في اليتيمة.

فعلى ما قال[1] مالك له أن يعقد عليها من نفسه، ولا يحتاج أن يجعل ذلك إلى غيره، وعلى قول المغيرة توكِّل غيره يزوجها[2] منه[3].

وأما قوله: (**وليس عليه استئذان الحاكم فيه**) فلأنه لا يحتاج إليه؛ إذ المرأة ووليها حاضران.

[في المرأة يزوجها وليَّان]

[ك: 113/ ب] **(وإذا جعلت المرأة أمرها إلى وليين، فزوَّجاها من رجلين، ثم عُلِم بذلك قبل الدخول بها[4]؛ فالأول أحق بها من الثاني.**

وإن دخل بها الثاني قبل علمه[5] بالأول؛ لم يفسخ نكاحه، وكان أحق بها.

وإن لم يُعْلَم أيهما قبل صاحبه، وكان ذلك قبل الدخول؛ فُسخ نكاحهما جميعًا، وتزوَّجت من شاءت منهما أو من غيرهما، وإن دخل بها أحدهما؛ فهو أحق بها من الآخر)[6].

والأصل في ذلك ما خرجه أبو داود عن الحسن بن سمرة ﵁ عن النبي ﷺ أنه قال: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا، وَأَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ بَيْعًا مِنْ رَجُلَيْنِ فَهُوَ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا**»[7].

---

(1) كلمتا (ما قال) يقابلهما في (ك): (قول).

(2) في (ز): (ويزوجها).

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1811**.

(4) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في طبعتي التفريع.

(5) كلمة (علمه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وهي في التفريع.

(6) التفريع (الغرب): **2/ 33** و(العلمية): **1/ 368**.

(7) ضعيف، رواه أبو داود: **2/ 230**، في باب إذا أنكح الوليان، من كتاب النكاح، برقم (**2088**).

=

إذا ثبت هذا، فإن عُلم الأول منهما وكان ذلك قبل الدخول؛ فُسخ نكاح الثاني، وكان الأول أحق بها[1].

قال الأبهري: لأنَّ السابق إلى العقد له قوة السبق، فكان أَوْلَى لهذه العلة.

واختُلف إذا دخل بها الثاني وهو لا يعلم بالأول فقال مالك وابن القاسم: هو أحق بها[2].

وقال ابن عبد الحكم: الأول أحق بها وإن دخل بها الثاني، وتُنزع من الثاني وتُرد إلى الأول بعد الاستبراء[3].

قال ابن رشد: والخلاف في هذا جارٍ على اختلافهم في الوكالة هل تنفسخ بنفس الفسخ؟ أو لا تنفسخ إلَّا بوصول العلم؟

فمن رأى أنها لا تنفسخ إلَّا بوصول العلم، قال: إن النكاح لا يفسخ[4] بشبهة[5] العقد، ومن رأى أنها تنفسخ[6] بنفس الفسخ -وهو تزويج الأول- قال: إن النكاح [ز: 512/ ب] ينفسخ؛ لأن الغيب كَشَفَ أنه لا نكاح له؛ لأنه تزوجها بعد[7] فسخ الوكالة[8]، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي.

ودليلنا أن عمر بن الخطاب ﵁ حَكَمَ بذلك[9].

والترمذي: 3/ 410، في باب ما جاء في الوليين يزوجان، من أبواب النكاح، برقم (1110) كلاهما عن سمرة بن جندب ﵁.

(1) قوله: (والأصل في ذلك ما خرجه أبو داود... أحق بها) بنحوه في الذخيرة، للقرافي: 4/ 253.

(2) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 168 والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 437.

(3) قوله: (واختُلف إذا دخل بها الثاني وهو... بعد الاستبراء) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1815.

(4) في (ز): (ينفسخ).

(5) في (ك): (لشبهة).

(6) كلمتا (أنها تنفسخ) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه في مقدمات ابن رشد.

(7) في (ز): (بنفس)، وما رجحناه موافق لما في مقدمات ابن رشد.

(8) المقدمات الممهدات، لابن رشد: 1/ 474.

(9) قوله: (أن عمر بن الخطاب ﵁ حَكَمَ بذلك) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 169.

وقيل: إن ذلك مروي عن علي رضي الله عنه أيضًا، وكذلك رُوي عن معاوية والحسن بن علي رضي الله عنهم[1].

قال الأبهري: ولأن قوة الدخول آكد من قوة سبق[2] العقد؛ لأن بالدخول قد تناهى حكم النكاح، وكملت أحكامه وحرمته من وجوب المهر ووقوع الحصانة؛ فكان أَوْلَى من الأول.

فإن لم يُعلم أيهما قبل صاحبه، وكان ذلك قبل الدخول؛ فُسخ نكاحهما جميعًا بطلقة واحدة.

قال ابن القاسم: ولا قول لها إن قالت: هذا[3] هو الأول، وتبتدئ نكاح من شاءت منهما أو من غيرهما[4].

قال الأبهري: لأن كل واحدٍ من الأولياء عقد عليها بإذنها، وليس أحدهما أَوْلَى بالولاية والعقد عليها من الآخر، وإذا كان كذلك؛ فقد استووا في العقد؛ فليس لأحد المعقودين فضيلةٌ [ك: **112**/ أ] على الآخر.

قال ابن رشد في مقدماته: فإن تزوجها أحدهما بعد زوج؛ كانت عنده على تطليقتين، وإن تزوجها أحدهما قبل زوْج؛ كانت عنده على[5] ثلاث تطليقات؛ لأنه إن كان هو الأول، فإنما تزويجه إياها تجديد لنكاحه الأول وذلك[6] لا يوجِب عليه طلاقًا، وإن كان الآخر؛ فلم يلزمه طلاق، إذ لم ينعقد[7] عليه نكاح، وليقع على الذي لم

---

(1) قوله: (وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي... والحسن بن علي رضي الله عنهم) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 697**.

(2) كلمتا (قوة سبق) يقابلهما في (ز): (سبق قوة) بتقديم وتأخير.

(3) اسم الإشارة (هذا) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(4) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): **2/ 168 و169**.

(5) جملة (تطليقتين، وإن تزوجها أحدهما... عنده على) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في مقدمات ابن رشد.

(6) في (ز): (وكذلك).

(7) عبارة (إذ لم ينعقد) يقابلها في (ز): (وإن لم يعقد)، وما رجحناه موافق لما في مقدمات ابن رشد.

يتزوجها بتزويج الذي تزوجها منهما[1] طلقة، فمتى تزوجها؛ كانت عنده على طلقتين[2].

فإن دخل بها أحدهما؛ فهو أحق بها من الآخر.

قال اللخمي[3]: وهذا على قول مالك.

وعلى[4] قول محمد[5] بن عبد الحكم يكون حكمه حكم من لم يدخل بها؛ لأنه على شك، فقد يكون هو الثاني؛ فلا يصح له المقام عليها[6].

قال الأبهري: فإن قيل: لا يخلو عقد نكاح الأول إمَّا أن يكون صحيحًا؛ فيجب أن يكون الأول أَوْلَى -دخل بها الثاني أم لا- أو يكون فاسدًا؛ فالثاني أَوْلَى دخل أو لم يدخل!

قيل له: قد خلا من هذين القسمين[7]، وهو قسمٌ آخر موقوف حتى يعلم صحته أو فساده في ثاني حال، فإن انكشف[8] أمر الأول قبل دخول الثاني بها؛ كان عقد الثاني كأنه لم يكن، وإن انكشف بعد دخول الثاني بها؛ كان عقد الأول كأنه لم يكن، لا[9] أن أحد العقدين كان فاسدًا فصححه الدخول، أو انكشاف الأول منهما، وهذا لا يقوله عالم.

أعني: أن العقد فاسدٌ في أصله ثم يصح بعد ذلك.

فإن قيل: لو جاز ذلك في الوليين -أي: أن يكون للثاني إذا دخل بها-؛ لجاز ذلك في الأخت إذا تزوَّجها رجل على أخت تحته، ثم دخل بها أن يصح نكاح الثانية.

وكذلك الرجل إذا وكَّل من يزوجه فزوَّجه أخت امرأته أو عمتها، أو ما أشبه ذلك!

---

(1) في (ز): (منها)، وما رجحناه موافق لما في مقدمات ابن رشد.

(2) المقدمات الممهدات، لابن رشد: **1/ 473** و**474**.

(3) كلمتا (قال اللخمي) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.

(4) كلمة (وعلى) يقابلها في (ز): (وأما على).

(5) كلمة (محمد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1815**.

(7) كلمة (القسمين) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(8) في (ك): (كشف).

(9) في (ز): (إلَّا).

قيل له: ما قلته غير لازم؛ لأن الإنسان ليس به ضرورة إلى أن يتزوَّج[1] أخت امرأته [ز: 513/ أ] ولا عمتها ولا خالتها، وكذلك[2] ليس به ضرورة إلى أن يوكِّل غيره فيزوجه؛ لأنه يقدر على أن يباشر ذلك بنفسه، ويعرف أخت امرأته من الأجنبية، وليس تقدر المرأة على العقد على نفسها من غير جهةِ وليها فهي مضطرة إلى الوليِّ في باب العقد عليها وكلهم أولياؤها، وليس أحدهم أحق من الآخر[3]، وليس الرجل مضطرًا إلى التوكيل ولا التزويج بأخت امرأته، فهو مُفَرِّط مقصر فيما فعل إذا كان يقدر على غير ذلك، والتحرز من الخطأ الذي وقع منه، وليس تقدر المرأة على ذلك، فاختلفا لهذه العلَّة. [ك: 112/ ب]

ولأنَّ كل واحدٍ من الأولياء لو مُنع من العقد على وليته حتى يعلم أنه لم يَعْقِد عليها غيره من الأولياء؛ لأدَّى ذلك إلى بطلان العقد عليها أصلًا؛ لأنا لا نعلم ذلك يقينًا.

وإذا كان كذلك؛ كان بها ضرورة إليه[4] مع جواز هذه الحال كان أولهم بالعقد أحق بها على ما ذكرنا.

وقد رَوى ابن وهب أنَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه "قضى في الوليين ينكحان المرأة لا يعلم أحدهما بصاحبه؛ أنها للذي دخل بها، فإن لم يدخل [بها أحدهما][5]؛ فهي للأول"[6].

قال ابن وهب: وأخبرني رجالٌ من أهل العلم عن يحيى ين سعيد وربيعة وعطاء بن أبي رباح ومكحول بذلك[7].

---

(1) كلمتا (أن يتزوَّج) في (ز): (تزويج).

(2) في (ز): (وذلك).

(3) في (ز): (الرجل).

(4) في (ك): (إليها).

(5) كلمتا (بها أحدهما) ساقطتان من (ز) و(ك) وقد أتينا بهما من المدونة.

(6) رواه عبد الرزاق في مصنفه: 6/ 314، برقم (10980) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(7) قوله: (وقد رَوى ابن وهب أنَّ عمر بن الخطاب... ومكحول بذلك) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 169.

قال اللخمي: ولو عقد عليها الوليَّان في مجلس واحدٍ من رجلين معًا؛ لم يتقدم أحدهما على الآخر؛ لفسخ[1] النكاحان جميعًا؛ دخل بها أحدهما أو لم يدخل[2].

قال ابن المواز: ولو دخل بها الثاني والأول حيٌّ لم يطلِّق ولم يمت، فأقر الولي الذي زوَّج أخيرًا أنه كان عالمًا بتزويج الأول؛ لم يُصدَّق على الزوج إلَّا أن تقوم بينة تشهد على إقراره بالعلم قبل العقد للثاني، فينفسخ[3] حينئذٍ نكاح الثاني بغير طلاق.

ولو أقرَّ الزوج الآخر[4] على نفسه بعد دخوله أنه كان عالماً بتزويج الأول قبل أن يدخل؛ لقُبِلَ إقراره ولم يحتج إلى بينة، وفسخ نكاحه بطلقةٍ واحدةٍ بائنة[5]، وكان لها[6] الصداق كاملًا.

وقال عبد الملك: هو فسخٌ بغير طلاق[7].

وقال بعض المذاكرين: ولو ماتت المرأة ولم يُعلم مَن الأول منهما؛ لم يكن لكل واحدٍ منهما ميراث؛ لأنه لا ميراث بالشك.

وأما الصداق؛ فمن[8] كان صداقه مثل ميراثه فأقل؛ فلا شيء عليه، ومن كان ميراثه أقل؛ غرم ما زاد على ميراثه[9]؛ لإقراره بثبوت ذلك عليه.

قال أبو محمد: والقياس أن يكون الميراث بينهما نصفين، والصداق عليهما،

---

(1) في (ك): (يفسخ)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1815.

(3) في (ز): (فيفسخ).

(4) في (ك): (أخيرًا) وهي مطموس في (ز)، وما أثبتناه موافق لما في نوادر ابن أبي زيد وجامع ابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 237 وتبصرة اللخمي.

(5) كلمتا (واحدةٍ بائنة) يقابلهما في (ك): (ثانية)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(6) في (ز): (له).

(7) قوله: (قال ابن المواز: ولو دخل بها الثاني والأول... بغير طلاق) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 438 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 237 والتبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1816 و1817.

(8) في (ز): (فمتى).

(9) جملة (فأقل؛ فلا شيء عليه... على ميراثه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

وذلك لأن الميراث ثابتٌ للزوج منهما وهما يتنازعانه فيدَّعي كل واحدٍ منهما أنه الأول، وليس أحدهما أَوْلَى من الآخر فيقسم بينهما نصفين، وليس ههنا ميراث بالشك.

وإن مات الزوجان ولم يُعلم الأول منهما؛ لم يكن لها صداق ولا ميراث من أحدهما؛ لأن الشكَّ في حقها[1] مع كل واحدٍ منهما هل هي زوجة أم لا؛ فلم يُقضَ لها في ماله بصداق ولا ميراث.

ولو كان كل واحدٍ [ز: **513**/ ب] منهما يدَّعي أنه الأول ومات على ذلك وصدقت أحدهما[2]؛ لكان لها أن تأخذ الصداق من ماله؛ لأنه إقرار بمال.

فأما الميراث؛ فلا يثبت لها وإن ادَّعته؛ لأنه إقرار في حق الورثة بأمرٍ لا [ك: **111**/ أ] يثبت إلَّا بإثبات[3] النكاح، والنكاح مع وقوع الشك فيه لا[4] يثبت[5].



(1) في (ز): (حقهما)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) في (ز) و(ك): (إحداهما)، وما أثبتناه موافق لما في توضيح خليل.

(3) في (ك): (بثبات).

(4) في (ز): (فلا).

(5) من قوله: (وقال بعض المذاكرين: ولو ماتت المرأة ولم يُعلم) إلى قوله: (وقوع الشك فيه لا يثبت) بنحوه في التوضيح، لخليل (بعنايتنا): 3/ **545** و**546**.

فصلٌ في اجتماع الأولياء

(وإذا كان للمرأة أولياء في درجةٍ واحدة، فأيهم زوَّجها؛ جازَ نكاحه.
وإن اختلفوا قبل عقد[1] النكاح؛ فأولاهم بها أفضلهم حالًا، فإن استووا في الدرجة والفضل، واختلفوا في عقد النكاح؛ نظر فيه الحاكم فعقده إن رأى ذلك سدادًا، أو ردَّه إلى من يعقده منهم أو من غيرهم)[2].

اعلم أنه إذا كان للمرأة أولياء في درجةٍ واحدة، مثل أن يكونوا إخوة، أو بني إخوة، أو عمومة، أو[3] بني عمومة، فإن تراضوا على واحدٍ منهم فعقد نكاحها؛ جاز ذلك[4]. وكذلك لو عَقَدَه واحدٌ منهم قبل علمهم، ثم علموا به؛ جاز نكاحهم؛ لأنهم في الدرجة سواء، ولم يخل العقد من ولي منهم.

فإن اختلفوا فيمن يعقد العقد، وطلب كلُّ واحدٍ منهم أن يتولَّى العقد بنفسه؛ فقال مالك: ينظر السلطان في[5] ذلك[6].

وقال ابن الجلَّاب: (**أولاهم بها أفضلهم حالًا، فإن استووا في الفضل والسن، واختلفوا في عقد النكاح؛ نظر فيه الحاكم فعقده إن رأى ذلك سدادًا، أو ردَّه إلى من يعقده منهم أو من غيرهم**)[7]؛ لقول النبي ﷺ: «**فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ**»[8].

قال الأبهري: ومعنى الحديث: إن اشتجر الأولياء من العصبة؛ عَقَدَ السلطان إن

---

(1) كلمة (عقد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 33 و(العلمية): 1/ 368 و369.

(3) كلمتا (عمومة، أو) ساقطة من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(4) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(6) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 161.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 33 و(العلمية): 1/ 368 و369.

(8) صحيح، رواه الترمذي: 3/ 399، 3/ 399، في باب من أبواب النكاح، برقم (1102).

وابن ماجة: 1/ 605، في باب لا نكاح إلا بولي، من كتاب النكاح، برقم (1879) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

رأى ذلك؛ لأنه وليٌّ من الأولياء، وإن رأى أن يأمر أحدًا من الأولياء؛ فعل، فإن كان أحد الأولياء غائبًا؛ عقد الحاضر بإذنها؛ لأنه وليٌّ مثل الغائب، وانتظار الغائب يضر بها في تأخير العقد.

وقال ابن حبيب: إذا استووا في الدرجة والفضل؛ فذلك إلى جميعهم يجتمعون على العقد عليها[1].

[ولاية عقد النكاح للعصبات]

(ولا ولاية لأحدٍ من ذوي الأرحام في عقد النكاح[2].
وإنما الولاية فيه إلى العصبات)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأن الولاية بالتعصيب، وذوي الأرحام لا تعصيب لهم.

بدليل أنه لا مدخل لهم في القصاص، ولا لهم[4] عصبة في الميراث؛ فكذلك في النكاح[5].

[حكم الشهادة على عقد النكاح]

(وعَقْدُ النكاح جائزٌ بغير شهادة)[6].

والأصل في ذلك ما رَوى ابن وهب أن "حمزة بن عبد المطلب خطب إلى سالم بن عبد الله ابنته فزوَّجه إياها، وليس معهما غيرهما"[7].

---

(1) قول ابن حبيب لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه وعزاه إليه ابن أبي زيد في النوادر والزيادات: 4/ 406 واللخمي في التبصرة (بتحقيقنا): 4/ 1785 و1786.

(2) عبارة (في عقد النكاح) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 33 و(العلمية): 1/ 369.

(4) في (ك): (هم) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وما أثبتناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(5) جملة (ولأنهم عصبة في الميراث؛ فكذلك في النكاح) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).
قوله: (لأن الولاية بالتعصيب... في النكاح) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 482.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 33 و(العلمية): 1/ 369.

(7) قوله: (ابن وهب أن حمزة... معهما غيرهما) بنحوه في المدونة (السعادة/ صادر): 2/ 193.

قال ابن المواز: وقد "فعل ذلك عبد الله بن عمر رضي الله عنهما حين زوَّج ابنته سودة [ك: 111/ ب] من عروة"[1]؛ فثبت بذلك أنَّ عقد النكاح جائزٌ بغير شهادة، ولأنه عقدٌ من العقود فلم يكن الإشهاد شرطًا في انعقاده كسائر العقود[2]، ولأن الإشهاد إنما يُقصد به التوثق، فلم يكن شرطًا في انعقاد النكاح[3]؛ كالرهن والكفالة[4].

قال الأبهري: ومما يدلُّ على صحة [ز: 514/ أ] عقد[5] النكاح بغير شهادة هو أنه عقدٌ من العقود، فليس يخلو أن يكون كعقد البيع، أو كعقد الإجارة، والهبة والصدقة[6]، فلمَّا جازت هذه العقود بغير شهادة؛ فكذلك عقد النكاح يجوز بغير شهادة[7]؛ لأنه لا يخرج عن هذه العقود.

فإن قيل: فقد رُوِيَ أن النبي ﷺ قال: «**لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ، وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ**»[8]!

قيل له: معنى الحديث -إنْ صحَّ-: لا نكاح يثبت في الحكم عند المنازعة إلَّا بشاهدين، على أن الحديث غير صحيح؛ لأنه يرويه عبد الله بن محرز، وهو متروكٌ بإجماع[9].

إذا ثبت أنه ليس شرطًا في عقد النكاح؛ فإنه شرطٌ في الكمال والفضيلة؛ لقوله ﷺ: «**لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل**»، وقد ثبت أنه لم يرد نفي الصحة، فلم يبق إلَّا نفي الكمال والفضيلة[10].

---

(1) قوله: (قال ابن المواز: وقد فعل... عروة) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 271**.

(2) كلمتا (كسائر العقود) يقابلهما في (ك): (كسائرها).

(3) كلمتا (انعقاد النكاح) يقابلهما في (ز): (انعقاده).

(4) كلمة (والكفالة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

قوله: (عقد النكاح جائز بغير شهادة... والكفالة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 494**.

(5) كلمة (عقد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) كلمتا (والهبة والصدقة) يقابلهما في (ز): (أو الهبة أو الصدقة).

(7) جملة (فكذلك عقد النكاح يجوز بغير شهادة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) حسن صحيح، رواه ابن حبان في صحيحه: **9/ 386**، في باب الولي، من كتاب النكاح، برقم (**4075**). والطبراني في الأوسط: **9/ 117**، برقم (**9291**) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(9) قوله: (لأنه يرويه عبد الله بن محرز، وهو متروكٌ بإجماع) بنحوه في المجموع، للنووي: **16/ 174**.

(10) قوله: (إذا ثبت أنه ليس شرطًا في... والفضيلة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 494**.

[إعلان الزواج والشهادة عليه مستحبَّة]

(ويُستحب فيه الإعلان والشهادة)[1].

والأصل في ذلك ما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال: «**أَعْلِنُوا النِّكَاحَ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ**»[2]، وفي بعض الروايات: «**وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ**[3] **بِالْغِرْبَالِ**»[4].

قال بعضُ[5] المفسرين: يعني: الدف المدور.

قال غيره: وهو مغشيٌّ من جهة واحدة[6].

ورُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «**فَصْلُ مَا بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ الدُّفُّ وَالصَّوْتُ**»، خرجه الترمذي والنسائي[7].

ولأن في إظهاره حفظًا للأنساب؛ لأن الزوجَ قد ينكر النكاح وتكون المرأة حاملًا، ولا يكون لها سبيلٌ إلى بيانه، فيؤدي إلى إضاعة النسب، فإذا كان ثَمَّ إشهادٌ وإعلانٌ لم يمكنه ذلك[8].

---

(1) في (ك): (والإشادة).
التفريع (الغرب): 2/ 33 و34 و(العلمية): 1/ 369 و370.

(2) ضعيف، رواه الترمذي: 3/ 390، في باب ما جاء في إعلان النكاح، من أبواب النكاح، برقم (1089)، وقال: حديث غريب حسن في هذا الباب، وعيسى بن ميمون الأنصاري يضعف في الحديث، وعيسى بن ميمون الذي يروي عن ابن أبي نجيح التفسير هو ثقة.
والبيهقي في سننه الكبرى: 7/ 473، برقم (14699) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(3) عبارة (بالدُّفوف، وفي بعض الروايات: واضربوا عليه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) ضعيف، رواه ابن ماجة: 1/ 611، في باب إعلان النكاح، من كتاب النكاح، برقم (1895).
وإسحاق بن راهوية في مسنده: 2/ 392، برقم (945) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(5) كلمة (بعض) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) قوله: (في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «أعلنوا... جهة واحدة) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 567.

(7) حسن، رواه الترمذي: 3/ 390، في باب ما جاء في إعلان النكاح، من أبواب النكاح، برقم (1088).
والنسائي: 6/ 127، في باب إعلان النكاح بالصوت وضرب الدف، من كتاب النكاح، برقم (3369) كلاهما عن محمد بن حاطب رضي الله عنه.

(8) قوله: (ولأن في إظهاره حفظًا للأنساب... ذلك) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 494.

فإذا ثبت ذلك فإعلان النكاح يكون بالحضور فيه، والذِّكر، واللعب والوليمة.

فأما الحضور، فهو الاجتماع في عقده حتى لا يكون نكاح سر، وأما الذكر فأن يُشَيِّعوه.

وأما اللعب والآلة التي يلعب بها، فقال مالك في كتاب ابن المواز: لا بأس بالدُّف والكَبَر[1].

وقال أصبغ: لا يعجبني المزهر -وهو: الدف المربع- وإن كان وحده فهو أحب إليَّ، فإن كان معه الكَبَر؛ فلا يكون معهما غيرهما.

وقال ابن حبيب: أرخِّص في العرس إظهار الدف والكَبَر والمزهر.

وكره أصبغ الغناء إلَّا بما قالته[2] [ك: **110**/ أ] الأنصار، وكره جميع ذلك إلَّا في العرس[3].

وأما الوليمة؛ فلقوله ﷺ لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه: «**أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ**»[4].

قال مالك: وكان ربيعة يقول: إنما تُستحب الوليمة؛ لإثبات النكاح وإظهاره؛ لأن الشهود يموتون[5]، فإذا عُملت الوليمة وحضر الناس ظهر النكاح، وعَلِم به الخاص والعام، وشهد[6] فيه غير الشهود الذين حضروا في العقد.

---

(1) ابن منظور: الكَبَرُ: طَبْلٌ لَهُ وَجْهٌ وَاحِدٌ.اهـ. من لسان العرب: **5/ 130**.

(2) في (ز): (قالت).

(3) قوله: (فقال مالك في كتاب ابن المواز: لا بأس بالدُّف... في العرس) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 567** و**568**.

(4) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: **3/ 783**، في باب ما جاء في الوليمة، من كتاب النكاح، برقم **(506)**.

والبخاري: **7/ 24**، في باب الوليمة ولو بشاة، من كتاب النكاح، برقم **(5167)**.

ومسلم: **2/ 1042**، في باب الصداق، وجواز كونه تعليم قرآن، وخاتم حديد، وغير ذلك من قليل وكثير، واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يجحف به، من كتاب النكاح، برقم **(1427)** جميعهم عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

(5) قول الإمام مالك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 571**.

(6) في (ك): (وشهدوا).

[نكاح السر]

(فإن أسرَّ النكاح ولم يشهد[1] به، فإنه يعلن[2] به في ثاني حال، فيظهر[3] فيصح، ولا يفسخ إذا لم يُرِد به نكاح السِّر، ولا يجوز نكاح السِّر، ويفسخ بطلقة.

وإن بنى[4] بها؛ فلها الصداق المسمَّى، ويُعاقَب الزوجان [ز: 514/ ب] والبينة والولي[5] إن لم يعذروا بجهل)[6].

والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ: «**أَنَّهُ نَهَى عَنْ نِكَاحِ السِّرِّ**»[7].

وثبت عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أَنَّهُ "نَهَى عَنْ نِكَاحِ السِّرِّ"، ولأن الزنا لمَّا كان يقع مستترًا به؛ وجب أن يقع النكاح على خلافه، وإلَّا كان ذريعةً إلى إباحته[8]؛ لأن كل من وُجد مع امرأة ادَّعي[9] أنها زوجته، وأن شهوده غُيَّب؛ فوجب حسم الباب[10].

قال الأبهري: ولأن السُّنة في النكاح إعلانه وإظهاره، فمتى خالف ما أمر به رسول الله ﷺ؛ كان فعله مردودًا، كما لو تزوج في الإحرام، أو تزوَّج نكاح متعةٍ أو

---

(1) في (ك): (يشد)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) في (ز): (يظهر)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) في (ز): (ويعلن)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) في (ك): (دخل).

(5) كلمتا (والولي والبينة) يقابلهما في (ز): (والبينة والولي) بتقديم وتأخير.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 34 و(العلمية): 1/ 370.

(7) رواه الطبراني في الأوسط: 7/ 68، برقم (6874).
والهيثمي في مجمع الزوائد: 4/ 285، برقم (7508) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ نِكَاحِ السِّرِّ».

(8) الجار والمجرور (إلى إباحته) ساقطان من (ك) وقد انفردت بهما (ز)، وما أثبتناه في إشراف عبد الوهاب.

(9) في (ز): (يدَّعي).

(10) قوله: (رُوي عن النبي ﷺ أنه نهى عن نكاح السر... حسم الباب) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 692 باستثناء قوله: (وثبت عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه نهى عن نكاح السر).

شِغار[1]، وما أشبه ذلك؛ كان نكاحه مردودًا، وكذلك إذا أسرَّ النكاح.

وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنْ أَحْدَثَ فِي دِينِنَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدٌّ**»[2]، وهذا من جهة الظاهر.

وأما من جهة المعنى فلأن النكاح إذا لم يُظهر وكُتم؛ أدَّى ذلك إلى أن يتزوَّج الرجل بأمِّ امرأته، أو ابنتها، أو يتزوَّج بامرأة ابنه أو أبيه؛ لأن ذلك إنما[3] يمنع منه[4] إذا علم الناس بالتزويج، ولكان ذلك يؤدي[5] إلى فِعل ما نهى الله ﷻ عنه ورسوله.

وإنما[6] قلنا: (إنه يُفسخ بطلاق)؛ فلأنه نكاحٌ مختلفٌ فيه.

وكل نكاح اختلف الناس[7] في إجازته ورده؛ فالفرقة فيه بطلاق[8].

وقوله: إنَّ لها صداقها إن فرق بينهما بعد البناء بها؛ فلأن الصداق بدلٌ من البضع الذي استمتع به.

أما قوله: (**ويُعاقب الزوجان والولي والبينة إن لم يعذروا بجهل**) فلأنهم فعلوا ما لا يجوز لهم فعله من كتمان النكاح مع علمهم أن ذلك لا يجوز، فاستحقُّوا العقوبة على ذلك.

---

(1) أبو الحسن المنوفي: الشِغار -بكسر الشين- نكاح في الجاهلية، وهو أن يقول الرجل لآخر: زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك أختي أو ابنتي، على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى، كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه. اهـ. من شفاء الغليل (بتحقيقنا): **2/ 110**.

(2) متفق على صحته، رواه البخاري: **3/ 184**، في باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، من كتاب الصلح، برقم (**2697**).

ومسلم: **3/ 1343**، في باب نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور، من كتاب الأقضية، برقم (**1718**) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(3) في (ز): (ما).

(4) كلمة (منه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) كلمة (يؤدي) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) كلمتا (ورسوله وإنما) يقابلهما في (ك): (ورسوله عنه وإنما).

(7) كلمتا (اختلف الناس) يقابلهما في (ز): (مختلف فيه).

(8) قوله: (وكل نكاح اختلف... فيه بطلاق) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 429**.

إذا ثبت هذا، فاختلف الناس في صفته، فقيل: هو[1] ما أُمِرَ[2] الشهود بكتمانه[3] وإن كثروا، بأن يقال لهم: اكتموه يومين [ك: 110/ ب] أو ثلاثة، أو اكتموه في المنزل الذي نكح فيه وأظهروه في غيره، أو أظهروه في منزله واكتموه في غيره.

وقيل: نكاح السر: ما عُقِد بغير بينة، أو إشهاد امرأة، أو رجل[4] وامرأة[5].

[إنكاحُ المرأةِ لنفسها باطل]

(ولا يجوز لامرأةٍ أن تُنكح نفسها؛ دنيئة كانت أو شريفة[6]، أَذِن في ذلك وليها أو لم يأذن.

فإن أنكحت نفسها؛ فنكاحها باطل، ويفسخ[7] قبل الدخول بها[8] وبعده[9]، ويكون لها الصداق المسمَّى إن فسخ نكاحها[10] بعد الدخول بها، والولد لاحقٌ، والحدُّ عن الزوجين ساقط)[11].

والأصل في ذلك الكتاب والسُّنة والمعنى[12].

---

(1) ضمير الغائب (هو) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(2) في (ز) و(ك): (أسر)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) في (ز) و(ك): (كتمانه)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(4) كلمتا (أو رجل) يقابلهما في (ز): (ورجل أو امرأة ورجل)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) كلمتا (رجل وامرأة) يقابلهما في (ك): (رجل، أو رجل وامرأة)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

قوله: (فاختلف الناس في صفته، فقيل: هو... رجل وامرأة) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1866 و1867.

(6) عبارة (دنيئة كانت أو شريفة) يقابلها في (ز): (شريفة كانت أو دنيئة) بتقديم وتأخير.

(7) في (ك): (يفسخ).

(8) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(9) في (ز): (وبعد).

(10) في (ز): (نكاحه)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(11) التفريع (الغرب): 2/ 32 و(العلمية): 1/ 367 و368.

(12) كلمة (والمعنى) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

أما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: 232]، ففي الآية دليلان:

أحدهما أن العضْل هو المنع الذي لا خلاص منه، ولو كان لهن أن يعقدن؛ لم يكن امتناع الأولياء عضلًا لهن.

الثاني: أن سبب نزول الآية "امتناع معقل بن يسار رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ من إنكاح [ز: 515/ أ] أخته للذي طلَّقها، فنزلت فيه هذه الآية"[1].

وأما السُّنة؛ فما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا؛ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا؛ فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ**»[2].

إذا ثبت هذا، فلا يجوز لامرأةٍ أن تلي عقد نكاحها؛ دنيئةً كانت أو شريفة، أَذِن في ذلك وليها أو لم يأذن.

قال مالك: فإنْ باشرت العقد بنفسها؛ كان نكاحها فاسدًا يُفسخ قبل الدخول وبعده، وإن طال ذلك وولدت الأولاد[3].

وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «**لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا**»، خرجه الدارقطني[4].

وأما المعنى؛ فهو أنها ناقصة بالأنوثية كالأمة، ولأنه عقد نكاح؛ فوَجَبَ افتقاره إلى ولي كالعقد على الصغيرة[5]، ولأن من طِباع النساء شهوة النكاح والمَيْل إلى الرجال

---

(1) رواه البخاري: 6/ 29، في باب ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: 232]، من كتاب تفسير القرآن، برقم (4529) عن معقل بن يسار رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(2) قوله: (فقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾... ولي له) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 686 و687.

والحديث تقدم تخريجه ترتيب الأولياء على الزواج من كتاب النكاح: 261/6.

(3) قوله: (فإنْ باشرت العقد... الأولاد) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1829.

(4) صحيح، رواه ابن ماجة: 1/ 606، في باب لا نكاح إلا بولي، من كتاب النكاح، برقم (1882).

والدارقطني في سننه: 4/ 325، برقم (3535).

والبزار في مسنده: 17/ 306، برقم (10058) جميعهم عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(5) قوله: (فهو أنها ناقصة بالأنوثية... على الصغيرة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 480.

والتسرع إلى ذلك، فلو جُعلت العقود إليهن تسارعنَ[1] ولم يراعينَ كفاءة، وفي ذلك ضررٌ بهن وبالأولياء[2].

قال عبد الوهاب: وفي كيفية فسخه روايتان:

إحداهما أنه فسخٌ بطلاق؛ لأنه نكاحٌ مختلفٌ فيه، فاحتيط أن يكون فسخه بطلاق.

والرواية الأخرى أنه يكون فسخًا بغير طلاق؛ لأنَّ المقام عليه -لو أراده[3]- غير مسوغ لهما، فإذا فسخ قبل الدخول؛ فلا مهر لها؛ لأن النكاح الفاسد إذا فسخ قبل الدخول لم يجب[4] فيه مهر، وإن فسخ بعد الدخول؛ كان لها صداقها المسمَّى[5]؛ لأن كل نكاح فسد[6] لعقده إذا فسخ بعد البناء؛ ففيه المسمَّى[7].

وإن لم يكن المسمَّى فصَدَاقُ المثل، وحكمه في وجوب [ك: **109**/ أ] العدة وتحريم المصاهرة حكم النكاح الصحيح، وفي التوارث قبل الفسخ خلافٌ[8].

والولد فيه لاحق؛ لأنه نكاح مختلفٌ فيه، ولأنه يُدرأ فيه الحد؛ لقوله ﷺ: «**ادْرَؤوا الحُدُود بالشُّبُهاتِ**»[9]، وكل موضع يُدرأ فيه الحد يُلحق فيه الولد.

ويُعاقب الرجل والمرأة إلَّا أنْ يكونَا ممن يجهل ذلك.

---

(1) كلمتا (إليهن تسارعنَ) يقابلهما في (ز): (لهن تنازعنَ)، وما رجحناه موافق لما في إشراف عبد الوهاب.

(2) كلمتا (بهن وبالأولياء) يقابلهما في (ز) و(ك): (بالأولياء)، وما أثبتناه موافق لما في إشراف عبد الوهاب.

قوله: (ولأن من طِباع النساء شهوة... وبالأولياء) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 687**.

(3) في (ز): (أرادا)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(4) في (ز): (يكن).

(5) انظر: المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 480** و**481**.

(6) في (ز): (فسخ)، وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(7) قوله: (لأن كل نكاح فسد... المسمَّى) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 428**.

(8) قوله: (وإن لم يكن المسمَّى فصَدَاقُ المثل... الفسخ خلافٌ) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 481**.

(9) تقدم تخريجه في حكم وطء المكاتبة في كتاب المكاتب: **179/6**.

قال اللخمي: وأرى أن لا عقوبةَ عليهما إذا كانا من أهل الاجتهاد، وكان ذلك مذهبهما، أو كانا يريان تقليد مَنْ يرى ذلك[1].

[حكم النكاح الموقوف]

(ولا يجوز النكاح الموقوف، وهو أن يزوِّج الرجلُ الرجلَ بغير إذنه، ثم يعلم بذلك المزوَّج[2] فيريد إجازته؛ فلا يجوز ذلك)[3].

وإنما قال: لا يجوز؛ لأنه نكاح لا يملك الزوج شيئًا من إيقاع طلاقه، فكان باطلًا كالعقد على المعتدَّة، ولأنه عقدٌ مقدَّم على شرطٍ من شروط جوازه، ولا يتم إلَّا بحصوله فلم يصح[4].

أصلُه: العقد على مَنْ لها زوج قبل أن تبين منه[5].

واختُلِفَ[6] في النكاح الموقوف؟

قال اللخمي: فقال مالك في كتاب ابن المواز: لا أحب المقام عليه.

وقال أيضًا: إذا قرب جاز.

وقال ابن المواز: وأحب إليَّ أن لا يفسخ إذا دخل، وقد قاله ابن القاسم أيضًا.

وروى ابن نافع عن مالك أن النكاح [ز: **515**/ ب] ثابت.

قال ابن نافع: وألَّا يثبت أحسن[7].

واختُلِفَ بعد القول بمنعِ الإجازة في صفة الفسخ، فقال ابن القاسم: يُفسخ قبل

---

(1) قوله: (ويُعاقب الرجل والمرأة... ذلك) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1829**.

(2) كلمة (المزوَّج) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): **2/ 34** و(العلمية): **1/ 370**.

(4) في (ز): (يتم)، وما رجحناه موافق لما في إشراف عبد الوهاب.

(5) قوله: (لأنه نكاح لا يملك الزوج... تبين منه) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 690**.

(6) في (ز): (واختلفوا).

(7) من قوله: (فقال مالك في كتاب ابن المواز: لا أحب المقام عليه) إلى قوله: (وألَّا يثبت أحسن) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 429**.

البناء[1]، ويثبت بعده؛ لأن جلَّ الناس على إجازته.

وقال أصبغ: يُفسخ قبل الدخول وبعده.

وقال أيضًا: يؤمرون بالترك والفسخ[2] من غير حكم؛ للاختلاف فيه[3].

قال اللخمي: والفسخ بعد الإجازة بطلاق والميراث بينهما، وتقع به الحرمة، وفسخه قبل الإجازة بغير طلاق ولا ميراث بينهما.

واختُلف في وقوع الحرمة به.

قال: والصواب ألَّا تقع به حرمة؛ لأنه غير منعقد[4] وهو على الرد حتى يرضى[5].

يريد[6]: من عقد بغير رضاه[7].

[إذن الابن البالغ في النكاح]

(ولا يجوز إنكاح الأب لابنه[8] الكبير البالغ إلَّا بإذنه[9]، وهو والأجنبي في ذلك سواء)[10].

وإنما قال ذلك؛ لأنه لمَّا بلغ وترشَّد خرج عن[11] حجره وصار له حكم نفسه، فصار الأب والأجنبي في ذلك سواء.

---

(1) في (ك): (الدخول).

(2) كلمتا (بالترك والفسخ) يقابلهما في (ز): (بالفسخ والترك) بتقديم وتأخير.

(3) قوله: (واختُلف بعد القول... للاختلاف فيه) بنحوه في البيان والتحصيل، لابن رشد: **4/ 268**.

(4) في (ز): (معقود).

(5) في (ك): (يرضاه).

(6) كلمة (يريد) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(7) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1803 و1804**.

(8) عبارة (إنكاح الأب لابنه) يقابلها في (ز): (نكاح الرجل ابنه)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(9) كلمتا (إلَّا بإذنه) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(10) التفريع (الغرب): **2/ 34** و(العلمية): **1/ 370**.

(11) في (ز): (من).

فإن زوَّجه بغير أمره؛ فلا يخلو إما أن يكون حاضرًا أو غائبًا، فإن كان حاضرًا صامتًا، فلما فرغ الأب من النكاح قال الابن: ما أمرته ولا أرضى، وإنما صَمتُّ؛ لأني علمت أن ذلك لا يلزمني؛ فيُحلَّف[1] ويكون القول قوله.

فإن نكل؛ لزمه النكاح، وإن شاء [ك: **108**/ ب] طلَّق ولزمه نصف الصداق، وإن شاء ثبت عليه[2].

وإن كان غائبًا فإن أنكر النكاح حين بلغه؛ لم يلزمه، وسقط عنه الصداق وعن الأب.

قال الأبهري: وإنما لم يلزم الابن صداق؛ لأن الصداق إنما يلزم بثبات النكاح أو الوطء، وليس ههنا نكاح صحيح أو شبهة.

وإنما لم يلزم[3] الأب؛ لأنه لم يضمن، وإنما زوَّج على أن يكون الصداق على الزوج، وإن رضي؛ جرى على الخلاف المتقدم[4] في النكاح الموقوف.

وقد نقل الخلاف محمد[5] بن عبد الحكم في "مختصره الكبير"، فقال: وقد اختلف قول مالك في إجازة النكاح إذا رضي الابن[6]، فقال مرة[7]: إن رضي؛ جاز، وإن كرهه؛ سقط.

وقال مرةً: لا يجوز، وإن أجازه الابن.

قال الأبهري: فوجه القول الأول هو أنَّ الأب له في ابنه من الشبهة والقوة ما ليس للأجنبي على الأجنبي؛ فجاز عقده عليه، إذا رضي الابن، وكأنه عقده بأمره.

ووجه قوله: (إنه لا يجوز وإن أجازه الابن)؛ فلأن النكاح وقع غير صحيح فلا يجوز

---

(1) في (ك): (فليحلف).

(2) قوله: (فإن كان حاضرًا... عليه) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 241** و**242**.

(3) جملة (الابن صداق؛ لأن الصداق... وإنما لم يلزم) يقابلها في (ز): (صداق).

(4) كلمة (المتقدم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) كلمة (محمد) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) في (ز): (الأب).

(7) في (ز): (مالك).

بإجازة مجيز، كما لو عقد على ابنته الثيب النكاح بغير أمرها[1] لم يجز بإجازتها.

واختُلِفَ في السفيه البالغ، هل يُجبره الأب؟ أم لا؟

فقال ابن القاسم: للأب جبره على ذلك[2].

وقال ابن الماجشون: لا يزوِّجه إلَّا برضاه[3]، وفرَّق بينه وبين البكر البالغ.

ورأى أن هذا إذا أجبره الأب[4] على النكاح كان قادرًا على الخلاص منه؛ إذ الطلاق بيده، فيؤدي إلى إتلاف ماله بغير فائدة بخلاف البكر.

[الخيار في النكاح]

(ولا يجوز اشتراط الخيار في النكاح)[5].

اعلم أنه لا يجوز اشتراط الخيار في النكاح [ز: **516**/ أ]، وسواء كان للزوجة أو للزوج[6]، بخلاف البيع.

والفرق بينهما أن الخيار إنما جُعِل في البيع؛ للتروي لئلَّا يغبن؛ لأنه مبني على المغابنة والمكايسة، والنكاح بخلاف ذلك؛ لأنه مبني على الألفة والمواصلة، فلم يحتج إلى خيار فيه[7]، فافترقا[8].

قال مالك: ولأنهما لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا، ويفسخ قبل البناء.

وإن دخل بها؛ ثبت النكاح، وكان لها المسمَّى، وكذلك الجواب فيمن تزوَّج امرأة على أنه إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا، فلا نكاح بينهما.

---

(1) في (ز): (إذنها).

(2) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 77**.

(3) قول ابن الماجشون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 402**.

(4) كلمة (الأب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) التفريع (الغرب): **2/ 34** و(العلمية): **1/ 370**.

(6) عبارة (للزوج أو للزوجة) في (ز): (للزوجة أو للزوج) بتقديم وتأخير.

(7) عبارة (إلى خيار فيه) يقابلها في (ك): (فيه إلى خيار) بتقديم وتأخير.

(8) قوله: (والفرق بينهما: أن الخيار... فافترقا) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 499**.

وقد كان مالك يقول فيهما: إن النكاح يفسخ قبل البناء وبعده؛ لأنَّ فساده في عقده، ثم رجع وقال: يثبت بعد البناء[1].

وقال ابن القاسم في كتاب ابن المواز: يُفسخ قبل البناء، ويثبت بعده، ويكون لها صداق المثل[2].

[الأب أقوى الأولياء]

(ولا يجوز لأحدٍ من الأولياء غير الأب أن يزوِّج بكرًا بالغًا بغير إذنها. فإن فعل فقد ذكرنا اختلاف قوله فيها، وسكوتها[3] إذنها.

ويُستحب [ك: 107/ أ] أن تُعَرَّف أن سكوتها إذنها، فإن سكتَت بعد معرفتها بذلك زوِّجت، وإن نفرت أو بكت، أو قامت[4]، أو ظهر منها ما يدل على كراهية[5] النكاح؛ فلا تُنْكَح مع ذلك.

وأما الثيب فلا تنكح إلَّا بإذنها، وإذنها قولها، ولا يكون سكوتها إذنًا منها في نكاحها)[6].

والأصل في ذلك ما خرَّجه مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا**»[7].

وخرَّج أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي**

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 434.

(2) قوله: (وقال ابن القاسم في كتاب ابن المواز: يُفسخ قبل... صداق المثل) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 275.

(3) كلمتا (فيها وسكوتها) يقابلهما في (ز): (فيها، ويُستحب أن يستأذنها وسكوتها)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) كلمتا (أو قامت) زائدتان من (ز).

(5) في (ك): (كراهة).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 34 و35 و(العلمية): 1/ 371.

(7) رواه مسلم: 2/ 1037، في باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، من كتاب النكاح، برقم (1421) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا»[1].

وخرَّج الدارقطني أن **قدامة بن مظعون** زَوَّج ابنة أخيه عثمان بن مظعون من عبد الله بن عمر رضي الله عنهم فكرهته، ففرق رسول الله ﷺ بينهما[2].

وأما قوله: (**فإن فعل فقد ذكرنا اختلاف قوله فيها**[3]) يعني بذلك قوله: (**وإذا زوَّج الولي المرأة**[4] **بغير إذنها، ثم علمت بذلك فأجازته؛ ففيها روايتان:**

إحداهما أن النكاح باطل.

والأخرى أنه جائز إذا أجازته بقرب ذلك)[5].

وأما قوله: (**وسكوتها إذنها**) فإنما قال ذلك؛ لأنها تستحيي أن تتكلَّم، فصُماتها يدل على رضاها ولو كرهت ذلك ردته؛ لأنَّ الغالب من حال الإنسان رد ما يكرهه، والصمتُ على ما يحبه.

وأما قوله: (**بعد أن تُعَرَّف أن سكوتها إذنها**) لأنها قد لا تعلم أن سكوتها إذنها[6]، وأن العقد يلزمها إذا سكتت فتعرف.

وقال عبد الملك بن الماجشون: يجب أن تُعرف البكر أنها إذا صمتت لزمها[7] العقد.

ووجهه ما قدمناه من الأبهري.

وأما قوله: (**وأما** [ز: **516**/ ب] **الثيب فلا تنكح إلَّا بإذنها**)، فقال المازري: وأما التي

---

(1) حسن صحيح، رواه أبو داود: **2/ 231**، في باب الاستئمار، من كتاب النكاح، برقم **(2093)**.

والترمذي: **3/ 409**، في باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج، من أبواب النكاح، برقم **(1109)** كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(2) رواه الدارقطني في سننه: **4/ 330**، برقم **(3546)** عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(3) كلمة (فيها) يقابلها في (ز): (في ذلك).

(4) في (ز): (امرأة).

(5) كلمتا (بقرب ذلك) يقابلهما في (ك): (بقربه).

التفريع (الغرب): **2/ 32** و(العلمية): **1/ 366**.

(6) في (ك): (رضاها).

(7) في (ز): (يلزمها).

تثيبت بعد البلوغ فلا أعلم خلافًا بين الأمة أنها لا تجبر إلَّا[1] شيئًا ذُكر[2] عن الحسن أن الأب يجبرها على الإطلاق، ولعلَّه أراد التي[3] تثيبت قبل البلوغ[4].

وأما قوله: (**وإذنها قولها**)؛ فلقوله ﷺ: «**الثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِهَا**»[5]، وفي بعض الروايات: «**يُعْرِب عنها**[6] **لِسَانِهَا**»[7].

ولأن الثيِّب قد[8] عرفت ما يُراد منها، وجعل للبكر السكوت؛ لما يغلب عليها من الحياء، ولأنها لو نطقت لنُسبت إلى الميل إلى الرجال، فيكون ذلك مزهداً فيها[9].

(وإذا وكَّل الرجلُ الرجلَ على أن يخطب له امرأةً بعينها، وسمَّى له صداقها[10]؛ فعقده جائز عليه.

وإن جعل إليه أن يزوِّجه ممَّن يرى [ك: 107/ ب] **بما يراه من الصداق؛ فجائزٌ إذا زوَّجه ممن تشبه أن تكون من[11] نسائه، وإن زوَّجه ممن لا تشبه أن تكون من نسائه؛ فلا يجوز.**

وكذلك المرأة تأذن لوليِّها أن يعقد النكاح عليها من رجل بعينه على صداق مقدَّر، أو

---

(1) كلمة (إلَّا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في مُعلم المازري.

(2) في (ز): (وذكر).

(3) في (ز): (الذي).

(4) المعلم، للمازري: **2/ 143**.

(5) صحيح، رواه ابن ماجة: **1/ 602**، في باب استئمار البكر والثيب، من كتاب النكاح، برقم **(1872)**. وأحمد في مسنده، برقم **(17722)** كلاهما عن عدي الكندي رضي الله عنه.

(6) كلمتا (يُعرب عنها) يقابلهما في (ز): (تُعرب عن).

(7) صحيح، رواه أحمد في مسنده، برقم **(17724)** عن عدي الكندي رضي الله عنه.

(8) كلمة (قد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) قوله: (وأما قوله: (وإذنها قولها)؛ فلقوله ﷺ: «والثيِّب... مزهداً فيها) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 479**.

(10) في (ز): (صداقًا)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(11) عبارة (أن تكون من) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

ممن يرى من الناس بما يراه من الصداق؛ فعقده جائز عليها إذا زوَّجها من كفءٍ لها، وإن زوَّجها من غير كفءٍ لها؛ لم يجز عليها ذلك)[1].

اعلم أن الوكالة على النكاح جائزة كالوكالة على المال؛ لأن النكاح عقد معاوضة، فجاز التوكيل فيه كسائر عقود المعاوضات[2].

وصفتها أن يقول الرجل للرجل: زوجني ممن أحببت بما أحببت من الصداق، أو بصداق بعينه، أو تقول المرأة لوليها ذلك؛ فإن النكاح يلزم ولا كلام لهما[3] في ذلك؛ لأنهما لما فوضا إليه فقد رضيا باجتهاده، فقام ذلك مقام التعيين منهما.

وقال مالك: أما في[4] الرجل فيجوز أن يزوجه من غير أن يستأذنه، وأما المرأة؛ فلا يجوز له[5] أن يزوجها حتى يسمِّي لها من يزوجها، ولها[6] أن تجيز أو ترد[7].

والفرق بينهما أن الرجل[8] إذا كره العقد قدر على حلِّه بخلاف المرأة[9]، وهذا إذا زوجه ممن تشبه أن تكون من نسائه، أو زوَّج المرأة من هو[10] كفؤها.

فإن زوَّجه[11] ممن لا تشبه أن تكون من نسائه، أو زوَّج المرأة من غير كفء؛ لم

---

(1) عبارة (لم يجز عليها ذلك) يقابلها في (ز): (فلا يجوز).

وانظر: التفريع (الغرب): 2/ 35 و(العلمية): 1/ 371 وما بعدها.

(2) قوله: (الوكالة على النكاح... المعاوضات) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 497.

(3) في (ك): (له).

(4) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(5) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) كلمة (ولها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 172 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 424.

(8) في (ز): (الزوج).

(9) قوله: (والفرق بينهما: أن الرجل إذا كره... بخلاف المرأة) بنحوه في النكت والفروق، لعبد الحق: 1/ 209.

(10) ضمير الغائب (هو) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(11) في (ك): (زوجها).

يلزم النكاح؛ لأن[1] إطلاق الوكالة إنما يقتضي ما يشبه كالوكيل على شراء ثوب، فاشترى له ثوبًا لا يشبه أن يكون من لباسه، أو ثوبًا لا يشبه أن يكون من لباسها[2]؛ فإن ذلك لا يلزم[3].

[زواج الوكيل من موكلته]

(ولا يجوز أن يزوِّجها من نفسه، وإن أطلقت له النكاح ممَّن يرى[4] حتى يذكر لها نفسه، فترضى به، وتأذن في نكاحها)[5].

اختُلف في المرأة إذا قالت لوليها: زوجني ممن أحببت فزوَّجها من نفسه؟

فقال مالك في "المدونة": لها أن تجيز أو ترد[6].

وإنما جعل لها الخيار؛ [ز: 517/ أ] لاختلاف أغراض النساء[7] في أعيان الرجال[8].

قال اللخمي: وذكر ابن القصَّار أن ذلك لازمٌ لها؛ لأن تفويضها إليه رضا باجتهاده، فقام ذلك مقام التعيين منها[9].

قال اللخمي: والقول الأول أحسن؛ لأنه معزولٌ عن العقد من نفسه، ومفهوم الوكالة العقد من غيره[10].

---

(1) في (ز): (ولأن).

(2) في (ز): (لباسه).

(3) قوله: (وهذا إذا زوجه ممن تشبه أن... لا يلزم) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 497.

(4) كلمتا (ممَّن يرى) ساقطتان من (ز) وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 35 و(العلمية): 1/ 373.

(6) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 172 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 424.

(7) في (ك): (الناس)، وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(8) قوله: (لاختلاف أغراض النساء في أعيان الرجال) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 497.

(9) كلمة (منها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(10) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1813.

ولأنه يُتَّهم في محاباة نفسه، ولأنها لو أرادت ذلك لذكرته[1] له، أو تشعره به، بخلاف [ك: 106/ أ] غيره؛ لأن ذلك لا ينحصر، فكان إمساكها عنه دلالة على أنها غير راضية به، وعمن عداه غير دال على ذلك[2].

قال اللخمي: ويختلف على هذا إذا وكَّل رجل[3] امرأة لتُزوجه فزوجته من نفسها، وعقد[4] ذلك وليها[5].



(1) في (ز): (ذكرته).

(2) قوله: (ولأنه يُتهم في محاباة نفسه... على ذلك) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 497.

(3) كلمة (رجل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) كلمة (وعقد) يقابلها في (ز): (أو عقد)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(5) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1813.

باب نكاح العبد والذمي

(قال رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: ولا يجوز لعبدٍ أن يزوِّج ابنته ولا غيرها من أوليائه، وإن أَذِن في[2] ذلك قرابتها)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأن العبد ناقص نقصانًا أوجبه الكفر، وكل نقص[4] منع من وجوب صلاة الجمعة وتقليد الأحكام؛ منع ولاية عقد النكاح كالأنوثية[5].

قال الأبهري: ولأن العبد ليس بولي للحرة؛ لاختلاف حرمتيهما؛ لنقصان حرمة العبد عن حرمة الحرة[6]، والولاية إنما تكون بتكافؤ الحرم؛ ألا ترى أن الكافر ليس بولي للمسلمة، وكذلك العبد ليس بولي للحرة، ولا للأمة[7] -أيضًا- لأن سيد الأمة هو وليها، وإنما يعقد عليها بالرق لا بالولاء؛ ألا ترى أنه يزوجها وإن كانت كافرة والمسلم ليس بولي للكافرة، ولأن[8] العبد -أيضًا- ناقص الحرمة، والولي لا يكون إلَّا متكامل الحرمة كما ذكرنا.

ولما لم يكن العبد ولي نفسه في باب العقد عليه حتى يأذن له سيده؛ فكذلك ليس هو ولي غيره، سواء كانت وليته حرة أو أمة.

والمكاتب والمدبَّر والمعتق بعضه بمنزلة العبد، ليس منهم من يعقد النكاح، فإن عقد أحد منهم على ابنته البكر أو الثيب برضاها؛ لم يجز ويفسخ وإن دخل بها، وللمدخول بها المهر بالمسيس.

---

(1) كلمة (قال رَحِمَهُ اللَّهُ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) كلمتا (أَذِن في) يقابلهما في (ز): (أَذِن له في) وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 35 و(العلمية): 1/ 373.

(4) كلمة (نقص) يقابلها في (ز): (من كان ناقصًا نقصًا) وما رجحناه موافق لما في معونة عبد الوهاب.

(5) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأن العبد... كالأنوثية) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 490.

(6) في (ك): (المرأة).

(7) كلمتا (ولا للأمة) في (ز): (وللأمة).

(8) في (ز): (لأن).

قال مالك: ولو كانت ابنة العبد حرةً، وأراد وليها إجازة ذلك؛ لم يجز ولا بدَّ من فسخه[1].

[العبد لا يعقد النكاح]

(وإذا كان العبد وصيًّا على أيتام؛ لم يجز له[2] أن يعقد النكاح عليهن بعد بلوغهن، وله أن يختار الأزواج، ويقدِّر الصداق، ثم يعقد النكاح أولياء[3] المرأة أو السلطان، والمرأة إذا كانت وصية في النكاح بمنزلة العبد فيما ذكرناه كله)[4].

قد تقدَّم أن العبد لا يجوز له أن يعقد النكاح على ابنته ولا غيرها من أوليائه؛ للنقص الذي فيه[5].

قال مالك: وكذلك لو كان وصيًّا على أيتام؛ فلا يجوز له -أيضًا- أن يعقد النكاح عليهن بعد بلوغهن، ولكن له أن يختار الأزواج، ويقدِّر الصداق[6]، ثم يولي [ز: 517/ ب] أجنبيًّا يعقد النكاح، وإن كره الأولياء[7].

وقال ابن الجلَّاب: **(يعقد النكاح أولياء المرأة أو السلطان[8])**. [ك: 106/ ب]

قال في "العتبية": وكذلك النصراني لا يزوِّج ابنته المسلمة[9]، ولا يستخلف من يزوجها، ولا يُطْلَب في ذلك رضاه، إلَّا أن يكون وصيًّا لرجل مسلم، وأجازه الإمام

(1) قوله: (والمكاتب والمدبَّر... فسخه) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 426.

(2) كلمة (له) زائدة من (ك).

(3) في (ك): (ولي).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 35 و36 و(العلمية): 1/ 373.

(5) انظر النص المحقق: 306/6.

(6) قوله: (وكذلك لو كان وصيًّا... ويقدِّر الصداق) بنصِّه في التفريع (الغرب): 2/ 35 و36 و(العلمية): 1/ 373.

(7) قوله: (ثم يولي أجنبيًّا يعقد النكاح، وإن كره الأولياء) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 409.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 35 و36 و(العلمية): 1/ 373.

(9) في (ز): (النصرانية)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

له[1]؛ فله أن يستخلف رجلًا[2] مسلمًا على إنكاح[3] ابنة الميت[4].

قال مالك: ولا يجوز لامرأة أن تلي عقد نكاح ابنتها، ولا يتيمة في وصيتها، ولكن تختار الأزواج، وتقدِّر الصداق، ثم تستخلف رجلًا يعقد لها[5] النكاح، ولها أن تستخلف رجلًا[6] أجنبيًّا، وإن كان أولياؤها حضورًا[7].

قال الأبهري: لأنها هي الوصية، والوصي يقوم مقام الأب في النظر للأولاد الصغار في أموالهم وتزويجهم، وهو أَوْلَى بذلك من الأولياء؛ لأن الأبَ قد جعل ذلك إليه، ولم يجز لها أن تُباشر العقد بنفسها عليهم؛ لأنها امرأة والمرأة لا تلي عقد نفسها ولا غيرها؛ فوجب أن تأمر رجلًا بالعقد عليهم؛ لهذه العلة.

قيل لابن القاسم: فقد جاء عن عائشة رضي الله عنها أنها زوَّجت حفصة بنت أخيها[8] من المنذر بن[9] الزبير؟

قال: لا أعرف تفسيره، إلَّا أني أظن أنها وكَّلت من عقد[10] نكاحها[11]، ولم يثبت أنها عقدته[12].

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) كلمة (رجلًا) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) كلمة (إنكاح) يقابلها في (ز): (النكاح في).

(4) قوله: (قال في "العتبية": وكذلك النصراني لا... ابنة الميت) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 248 والبيان والتحصيل، لابن رشد: 4/ 312.

(5) كلمة (لها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) كلمة (رجلًا) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(7) كلمتا (أولياؤها حضورًا) يقابلهما في (ز): (وليها حاضرًا)، وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.
انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 426.

(8) في (ز): (أختها)، وما رجحناه موافق لما في المدونة (صادر/ السعادة).

(9) كلمتا (المنذر بن) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز) وكلمة (المنذر) يقابلها في (ز): (عبد الرحمن)، وما أثبتناه موافق لما في المدونة (صادر/ السعادة).

(10) كلمة (عقد) يقابلها في (ك): (يعقد عليها)، وما رجحناه موافق لما في المدونة (صادر/ السعادة).

(11) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 178.

(12) قوله: (ولم يثبت أنها عقدته) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 249.

=

وقال غير ابن القاسم في "المدونة": وقد جاء حديث عن[1] عائشة رضي الله عنها بهذا[2]، ولكن لم يصحبه العمل فهو كغيره ما[3] لم يصحبه عمل[4].

قال ابن القاسم: وتعقد المرأة على عبدها نكاحه، ولا تعقده على أمتها[5].

[اشتراط إذن السيد للعبد في الزواج]

(ولا يجوز للعبد أن يتزوَّج إلَّا بإذن سيده، فإن أذِنَ له سيده في النكاح؛ جاز عقده. فإن تزوَّج بغير إذن سيده، ثم علم السيد بذلك؛ فله فسخ عقده[6] إن شاء، وله ترك فسخه، وفسخه بطلاق)[7].

والأصل في ذلك ما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه قال[8]: «**أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهِ، فَهُوَ عَاهِرٌ**»[9]. وهذا أبلغ شيءٍ في الحظر، ولأنَّ منافعه مملوكة لسيده، فلم يكن له إتلافها عليه[10].

= والأثر رواه مالك في موطئه: 4/ 796، في باب ما لا يبين من التمليك، من كتاب الطلاق، برقم (2040).

والطحاوي في شرح معاني الآثار: 3/ 8، برقم (4255).

والبيهقي في سننه الكبرى: 7/ 183، برقم (13653) جميعهم عن عائشة رضي الله عنها

(1) حرف الجر (عن) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(2) في (ز): (هذا).

(3) في (ك): (ممن).

(4) في (ك): (العمل).

المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 178.

(5) قول ابن القاسم بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 409.

(6) جملة (وإن تزوج بغير إذن... فسخ عقده) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 36 و(العلمية): 1/ 374.

(8) كلمتا (أنه قال) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(9) حسن، رواه أبو داود: 2/ 228، في باب نكاح العبد بغير إذن سيده، من كتاب النكاح، برقم (2078).

والطبراني في الأوسط: 5/ 102، برقم (4797) كلاهما عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(10) قوله: (والأصل في ذلك ما... إتلافها عليه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 490 و491.

قال الأبهري: لأنه يشتغل بزوجته عنه، وتلزمه النفقة، فإن تزوَّج بغير إذن سيده، ثم علم السيد بذلك؛ فله فسخ عقده إن شاء.

قال الأبهري: لأنه أدخل في ملكه نقصًا؛ فله أن يرد ذلك، وله ترك فسخه، وفسخه - إنْ فسخه- بطلاق.

قال الأبهري: والفرق بينه وبين الأمة في ذلك أن العبد من[1] أهل العقد[2] على نفسه، وإنما مُنع من ذلك؛ من أجل حقِّ[3] سيده[4].

ألا ترى أن سيده لو أذن له في العقد؛ [ك: **105**/ أ] جاز له أن يعقد على نفسه، فإذا أجاز[5] عقده؛ جاز؛ لأنه بمنزلة ما لو ابتدأ العقد بإذن سيده، وليس كذلك الأمة؛ لأنه[6] لو أذن لها سيدها في العقد؛ لما جاز لها أن تعقد على نفسها؛ لأنها ليست من أهل العقد؛ [ز: **518**/ أ] فلهذه العلة قال مالك: إن عقد العبد على نفسه يجوز بإجازة السيد.

قال أبو الفرج: والقياس أن يفسخ، ولا يصح بوجه؛ لأنه كنكاح انعقد على خيار[7].

واختُلف هل له أن يطلق عليه تطليقتين؟ أو واحدة؟

فقال مالك: للسيد أن يطلق عليه تطليقتين.

وقال مرة: ليس له ذلك، ولا يطلق عليه[8] إلَّا واحدةً؛ لأن الواحدة تُبينها[9] وتفرغ

---

(1) عبارة (أن العبد من) يقابلها في (ز): (أنه).

(2) في (ز): (للعقد).

(3) كلمة (حق) يقابلها في (ز): (سيده لحق).

(4) قوله: (والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: «أيما... حق سيده) بنحوه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): **4/ 438 و439**.

(5) في (ز): (جاز).

(6) في (ز): (لأنها).

(7) في (ز): (خياره).

قوله: (قال أبو الفرج: والقياس ... على خيار) بنحوه في التبصرة، للخمي (): **4/ 1847**.

(8) في (ك): (عليها).

(9) في (ز): (تبتُّها)، وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

له عبده[1]، والزيادة على ذلك ضرر، وقد قال ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»[2].

فإن باعه السيد قبل أن يعلم بنكاحه؛ فليس له فسخ نكاحه[3]؛ لأنه إنما جعل له فسخ النكاح؛ ليزيل العيب عن ملكه، فإذا صار إلى ملك غيره لم يلحقه عيب[4].

قال بعض القرويين: وإذا تزوَّج العبد، ولم يعلم السيد، ثم باعه فعلم المشتري فرضي بذلك، ثم اطلع على عيب قديم إن أراد ردَّه بالعيب القديم؛ لا بد[5] أن يرد ما نقص [العبد][6] عيب النكاح؛ لأنه لما رضي به[7]، فكأنه حدث عنده؛ فلا يرده إلَّا بما نقص، والله أعلم. من "النكت"[8].

قال ابن محرز: ولو أنَّ المشتري أعتق العبد قبل أن يعلم بتزويجه؛ كان له الرجوع[9] بقيمة عيب التزويج، ولم يكن للبائع حجة إن قال: أنتَ أفتَّه عليَّ ومنعتني من فسخ نكاحه[10] بعتقك إياه؛ لأن البائع لما باعه فقد أذن للمشتري أن يتصرف فيه وسلَّطه على عتقه، فكأن[11] العتق وقع بإذنه.

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 430**.

(2) قوله: (والزيادة على ذلك... ضرار) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 257**.

والحديث تقدم تخريجه في باب كفارة اليمين بالله، من كتاب الأيمان والنذزر: **5/414**.

(3) في (ز): (النكاح).

(4) قوله: (فإن باعه السيد قبل أن يعلم... يلحقه عيب) بنصِّه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): **4/ 438**.

(5) في (ز): (لأنه)، وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب.

(6) كلمة (العبد) زائدة من النكت والفروق.

(7) جملة (ثم اطلع على عيب... رضي به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في النكت والفروق.

(8) الجار والمجرور (من النكت) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

النكت والفروق، لعبد الحق: **1/ 215**.

(9) في (ز): (الدخول).

(10) في (ز): (النكاح).

(11) كلمتا (عتقه فكأن) يقابلهما في (ز): (عتقه، وكأن العبد فكأن).

[زواج الأمة بغير إذن سيدها]

(وإذا تزوَّجت أمةٌ بغير إذن سيدها؛ فإنه على وجهين:

إن باشرت العقد بنفسها؛ لم يجز بوجه نكاحها، وإن أجازه سيدها.

وإن جعلت أمرها إلى رجل فزوَّجها؛ فعلى روايتين:

إحداهما أنه كنكاح العبد إن شاء السيد[1] فسخه، وإن شاء تركه.

والرواية الأخرى أنه باطل على كل حال، ولا يجوز بإجازة السيد له)[2].

اعلم أن الأمة إذا تزوَّجت بغير إذن سيدها لا تخلو من وجهين إما أن تباشر العقد بنفسها، أو توكِّل رجلًا يعقد نكاحها[3]، فإن باشرت العقد بنفسها؛ لم يجز نكاحها وإن أجازه سيدها؛ لأن فساده لحقِّ الله ﷻ لا لحقِّ السيد[4].

قال الأبهري: ولأن العقد وقع على فسادٍ فلا يصح بالإجازة؛ لأن كل عقد وقع فاسدًا[5]؛ فهو على الأصل الذي وقع عليه من الفساد، ولا يصح بعد ذلك؛ كتزويج المرأة في عدتها، [ك: **105**/ ب] والمرأة على عمتها.

وكذلك الأمة ليست من أهل العقد على نفسها، فمتى عقدت؛ كان باطلًا لا يجوز وإن أجازه السيد، وليس ذلك كما لو باعت نفسها فأجاز البيع سيدها.

والفرقُ بينهما أن الولاية في النكاح حقٌّ لله تعالى، فإذا تزوَّجت بغير ولي؛ لم يجز، وإن أجازه سيدها؛ لأن السيد لا يملك إبطال حق الولاية؛ بدليل أنه لو وكلها على تزويج نفسها؛ لم يجز بخلاف البيع، فإن البيع إنما منعت [ز: **518**/ ب] أن تبيع نفسها لحق السيد فوقف البيع لأجله، فإذا أجازه؛ جاز[6].

---

(1) في (ك): (سيده).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 36 و(العلمية): **1/ 374**.

(3) في (ز): (عليها).

(4) قوله: (الأمة إذا تزوجت بغير إذن سيدها... لحقِّ السيد) بنصِّه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): **4/ 439**.

(5) كلمتا (وقع فاسدًا) يقابلهما في (ز): (فاسد وقع) بتقديم وتأخير.

(6) قوله: (والفرقُ بينهما: أن الولاية في النكاح حق... أجازه؛ جاز) بنحوه في التحرير والتحبير، للفاكهاني =

يدل على ذلك أنه لو وكلها على بيع نفسها فباعتها؛ لزمه البيع، فافترقا.

ونقل الأبهري في شرح "مختصر ابن عبد الحكم" عن مالك أنه قال: إن أجازه السيد؛ جاز كنكاح العبد سواء[1].

وإن جعلت أمرها إلى رجل فزوجها؛ ففيها روايتان:

إحداهما أنه كنكاح العبد[2] إن شاء السيد فسخه وإن شاء تركه.

والرواية الأخرى أنه باطل على كل حال، ولا يجوز بإجازة السيد له[3].

فوجه الرواية الأولى هو أن السيد لو أذن لهذا العاقد لجاز عقده كما إذا أذن للعبد أن يعقد على نفسه، فإذا عقده[4] من غير إذن السيد كان موقوفًا على إجازته، فإن فسخه؛ رد[5]، وإن تركه مضى.

ووجه الرواية الأخرى هو أن التزويج بالولاية لا يوجد مع المِلك[6].

قال الأبهري: من قِبَل أنه لا يقوم أحدٌ مقام السيد في عقد النكاح على أمته؛ لأن السيد يعقد بالرق، وغيره ليس بهذا المعنى؛ فلا يقوم أحدٌ مقامه إلَّا أن يكون بأمره[7].

قال مالك: والمعتقة إلى أجل لا تزوَّج إلَّا برضاها.

وقد قيل: إنها تزوَّج بغير رضاها[8]، وهذا أحب إلينا.

قال الأبهري: فوجه قوله: (إنها لا تزوَّج بغير رضاها) فلأن عقد حريتها قد ثبت، =

(بتحقيقنا): 4/ 438.

(1) انظر: المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 197.

(2) جملة (سواء، وإن جعلت أمرها... كنكاح العبد) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) جملة (ولا يجوز بإجازة السيد له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) جملة (كما أذن للعبد... فإذا عقده) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) في (ز): (يرد).

(6) قوله: (وإن جعلت أمرها إلى... مع المِلك) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 492 و493.

(7) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه وعزاه إليه الفاكهاني في التحرير والتحبير (بتحقيقنا): 4/ 439.

(8) قوله: (قال مالك: والمعتقة إلى أجل... بغير رضاها) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 411 و412 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 258.

وليس يجوز إزالته بوجه؛ لأنه لا يمكن ردها لدين ولا غيره، وهي من رأس المال بمنزلة أم الولد؛ فلا يجوز أن تزوَّج إلَّا برضاها.

ووجه قوله: (إنه يزوجها بغير رضاها[1])؛ فلأنَّ أحكامها أحكام الأمة في طلاقها، وشهادتها، وحدودها وغير ذلك، فكذلك في تزويجها؛ لأنها قد تموت قبل أن يأتي الأجل من غير أن يثبت لها حرية.

[رجوع السيد في إذنه لعبده في النكاح]

(وإذا أَذِن السيد لعبده في النكاح؛ فليس له فسخ عقده[2] بعد إذنه.

وكذلك لو زوَّج عبده من أمته باختياره، أو بغير اختياره؛ لم يكن له فسخ نكاحه، والأمر في ذلك إلى العبد دون السيد)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنه لمَّا أذن له في النكاح فقد أسقط حقَّه، والعبد إنما منع من التزويج لحق السيد؛ لأنه يدخل عليه عيبًا بتزويجه، فإذا أسقط [ك: **104**/ أ] السيد حقه؛ صح تزويجه[4]، ولم يكن للسيد بعد ذلك فسخ.

وقوله: (**باختياره أو بغير اختياره**) فيه إشارة إلى أن السيد يجبرُ العبدَ أو الأمة على النكاح، وهذا إذا لم يقصد بذلك الضرر[5].

وقال مالك في كتاب ابن المواز: مثل الجارية المرتفعة الثمن لها الحال يزوجها من عبد له أسود؛ فهذا لا يجوز، وهو ضرر.

قال: وليس ينظر إلى الوغد في المنظر، فربَّ وغد له الخبرة[6]، وإنما يرد من ذلك

---

(1) جملة (ووجه قوله: إنه يزوجها بغير رضاها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) كلمتا (فسخ عقده) يقابلهما في (ك): (فسخه)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 36 و(العلمية): **1/ 374**.

(4) عبارة (فإذا أسقط السيد حقه؛ صح تزويجه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) قوله: (فيه إشارة إلى أن السيد يجبرُ... بذلك الضرر) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1808**.

(6) ما يقابل كلمة (الخبرة) مطموس في (ز).

ما[1] كان على وجه الضرر[2].

وأجاز مالك[3] في "مختصر ابن عبد الحكم" أن[4] يزوجها من عبد له أسود إذا كان على وجه الإصلاح[5].

قال الأبهري: لأن الكفاءة لا تُراعى بالسواد والبياض، وإنما هي بالدين والعشرة الجميلة، فإن قصد [ز: 519/ أ] بذلك الإضرار؛ لم يجز، وقد أوصى النبي[6] ﷺ بالأرقاء، فقال: «**اتَّقُوا اللهَ فِيمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**»[7]، أو كما قال، والله أعلم[8].

وقال: «**أُوصِيكُمْ بِالضَّعِيفَيْنِ الْمَرْأَة والعبد**»[9].

وقد رُوي عن النبي ﷺ أنه لعن المسيء لمملوكه.

وخالفنا[10] الشافعي في ذلك، وقال: للسيد أن يجبر عبده على النكاح.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور: 32]، ولم يشترط رضاهن، ولأنه عقدٌ على منفعة كالإجارة[11].

---

(1) في (ك): (من).

(2) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 412.

(3) كلمتا (وأجاز مالك) يقابلهما في (ك): (وأجازه).

(4) كلمة (أن) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(5) انظر: المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 462.

(6) كلمتا (أوصى النبي) في (ك): (أوصى بذلك النبي).

(7) صحيح، رواه أبو داود: 4/ 339، في باب حق المملوك، من كتاب الأدب، برقم (5156).
وأحمد في مسنده، برقم (585) كلاهما عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(8) عبارة (أو كما قال، والله أعلم) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(9) ضعيف، رواه الطبراني في الكبير: 1/ 97، برقم (168).
والهيثمي في مجمع الزوائد: 9/ 139، برقم (14791) كلاهما بنحوه عن إسماعيل بن راشد.
ورواه ابن عساكر في تاريخ دمشق: 52/ 38، برقم (6086)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(10) في (ز): (وخالفه).

(11) قوله: (وخالفنا الشافعي في ذلك... كالإجارة) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 692.

[الرجعة حقٌّ للعبد]

(وإذا طلَّق العبد زوجته؛ فله رجعتها، وإن كره ذلك سيده)[1].

وإنما قال ذلك؛ لأن الرجعة من أحكام الزوجية[2]، ولما أذن له في النكاح فقد أذن له فيما كان من أحكام النكاح، ومن أحكام النكاح الرجعة.

قال الأبهري: فليس لسيده منعه من ذلك، كما ليس له منعه من النفقة والوطء والمهر.

ويستوي في ذلك تزويجه بأمة سيده أو غيرها[3].

فإن طلَّقها طلاق خلع، أو طلاقًا رجعيًّا وانقضت عدتها؛ فليس له أن يردها؛ لأن ذلك تزويجٌ جديد.

[في الرجل يبيع عبده وأمته وهما زوجان]

(وإذا زوَّج عبده من أمته، ثم باعهما جميعًا، أو أحدهما[4]؛ فهما على النكاح، ولا يفسخ نكاحهما ببيعهما، ولا ببيع أحدهما، فإن كان المشتري عالمًا بالنكاح؛ فهو عيب قد رضي به، وإن لم يعلم[5] بذلك؛ فله الخيار في ردِّ البيع أو إمضائه.

وأما النكاح؛ فإنه[6] ثابتٌ على كل حال)[7].

وإنما قال ذلك؛ لأن النكاح إنما يحله الطلاق من مالك[8] المنافع وهو الزوج،

(1) التفريع (الغرب): 2/ 36 و(العلمية): 1/ 374 و375.

(2) قوله: (لأن الرجعة من أحكام الزوجية) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 492.

(3) قوله: (ويستوي في ذلك تزويجه بأمة سيده أو غيرها) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 492.

(4) كلمة (أحدهما) يقابلها في (ز): (واحدًا منهما)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) كلمتا (لم يعلم) في (ز): (لم يكن يعلم)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) في (ز): (فهو).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 36 و37 و(العلمية): 1/ 375.

(8) في (ك): (ملك).

وإذا لم يطلِّق الزوج لم تنحلَّ عقدة[1] النكاح، وبقِيَا على ما كانا عليه من صحةِ العقد؛ لأنَّ[2] ذلك عيبٌ على المشتري، فإن كان حين الشراء عالمًا [ك: 104/ ب] بالنكاح؛ فقد دخل على ذلك ورَضِيَ به، فلم يبق له ردٌّ على البائع.

وإن اشترى ولم يعلم به؛ كان بالخيار بين أن يمسكهما ولا شيء له، وبين أن يردهما ويأخذ الثمن.

[ولاية الرجل إذا أسلمت على يديه امرأة]

(وإذا أسلمت المرأة على يدي رجل؛ فلا ولاية له عليها في نكاحها[3] ولا غيره، والحاكم يعقد نكاحها، أو من يجعل الحاكم ذلك إليه، فإن كانت دنيةً[4]؛ جاز أن يزوِّجها رجلٌ من المسلمين بإذنها إذا كان ذا دِينٍ ونظر، وإلَّا فلا)[5].

وإنما قال ذلك؛ لأن الولاية إنما هي بالتعصيب[6]، ولا تعصيب بينها وبين من أسلمت على يديه[7]؛ ألا ترى أنها لو ماتت لم يكن له شيءٌ من مالها، فكذلك لا ولاية له عليها، والحاكم يعقد نكاحها، أو من يقيمه الحاكم مقامه، وهذا إذا كانت ذات بالٍ وقدر، وإن كانت دنيةً؛ جاز أن يزوجها رجل من المسلمين بإذنها، وقاله ابن القاسم[8].

[ولاية الكافرِ على المسلمة]

(ولا ولاية لمسلم على أخته، ولا ابنته النصرانية[9]).

---

(1) في (ك): (عقد).

(2) كلمة (لأن) يقابلها في (ز): (إلَّا أن).

(3) في (ز): (نكاح).

(4) في طبعة دار الكتب العلمية: (دينة).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 37 و(العلمية): 1/ 375.

(6) في (ز): (تعصيب).

(7) في (ز): (يده).

(8) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 422.

(9) في (ز): (النصرانيين)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

وكذلك سائر [ز: 519/ ب] أقاربه المخالفين له في ملته، ولا يجوز عقده عليهنَّ من مسلم ولا كافر)[1].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلۡيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوۡلِيَآءَۘ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ﴾ [المائدة: 51]، وقال تعالى: ﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ﴾ [التوبة: 71].

قال الأبهري: فثبت بهذا أن المسلم ليس وليًّا[2] للكافر؛ لقطعِ الله ﷻ الولاية بينهما، وكان أولياؤها[3] أهل دينها[4] هم أحق بالعقد عليها[5] من عصبتها[6] المسلمين.

ولأن نقص الكفر أبلغ من نقص الرق، فإذا كان نقص الرق ينافي ولاية عقد النكاح، فنقصُ الكفرِ أَوْلَى أن ينافي ولاية[7] عقد النكاح[8].

[عقد السيد الزواج على عبده وأمته النصرانيين]

(ويجوز عقد المسلم على عبده وأمته النصرانيين.
ويجوز أن يزوِّج أحدهما من الآخر)[9].

اختُلف في الأمة النصرانية هل يزوجها سيدها المسلم؟ أم لا يزوجها إلَّا[10] أهل دينها؟

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 37 و(العلمية): 1/ 375.
(2) في (ز): (بولي).
(3) في (ز): (أولياؤهم).
(4) في (ز): (دينهما).
(5) في (ز): (عليهما).
(6) في (ز): (عصبتهما).
(7) كلمة (ولاية) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).
(8) قوله: (ولأن نقص الكفر أبلغ... النكاح) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 856.
(9) التفريع (الغرب): 2/ 37 و(العلمية): 1/ 375.
(10) عبارة (لا يزوجها إلَّا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

فأجاز ابن القاسم أن يلي عقد نكاحها سيدها المسلم[1].

وقال أبو مصعب: ليس للمسلم أن يزوِّج أمته النصرانية[2].

قال ابن يونس: أما تزويجه إياها من غير مسلم؛ فجائز، وأما من مسلم؛ فلا يجوز؛ لأن المسلم لا يجوز له نكاح الأمة الكتابية، ولا أن يطأها إلَّا بملك اليمين[3]؛ كان حرًّا أو عبدًا كانت لمسلم أو لذمي[4].

[عقد السيد نكاح عبيده غير المسلمين]

(ولا يجوز أن يزوِّج أمته الذمية من مسلم، وكذلك عبيده وإماؤه المجوس يجوز أن يعقد النكاح عليهن[5] من أمثالهن[6]، ومن أهل الكتاب)[7].

والأصل في ذلك [ك: 103/ أ] قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: 25]، فثبت بذلك أنه لا يجوز لمسلم[8] أن يتزوج أمة كتابية حرًّا كان أو عبدًا، وله أن يطأها بملك اليمين[9]؛ لأن الله تعالى إنما حرَّم تزويجها فقط، فقال تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾، يعني: صداق الحرة ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ يعني: فلينكح من الإماء المؤمنات[10].

---

(1) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 176.

(2) قوله: (وقال أبو مصعب: ليس للمسلم أن يزوِّج أمته النصرانية) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1828.

(3) كلمة (اليمين) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 2/ 247.

(5) في (ز): (عليهم).

(6) في (ز): (أمثالهم).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 37 و(العلمية): 1/ 375.

(8) كلمة (لمسلم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) كلمة (اليمين) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(10) قوله: (لا يجوز لمسلم أن يتزوج أمة كتابية... الإماء المؤمنات) بنحوه في الموطأ، للإمام مالك: =

وأما قوله: (**وكذلك عبيده وإماؤه المجوس يجوز أن يعقد النكاح عليهن[1] من أمثالهم، ومن أهل الكتاب**).

قال الأبهري: وإنما قال: إن ذلك يجوز، كما يجوز تزويج المسلمين بعضهم بعضًا، كذلك يجوز تزويج الكافرين بعضهم من بعض؛ اليهودي اليهودية، والنصراني النصرانية[2].

وكذلك يجوز أن يتزوَّج اليهودي النصرانية، والنصراني اليهودية[3] والمجوسية[4]، لا يُعترض عليهم في ذلك.

وكذلك يجوز أن يزوِّج عبده الكافر من أي[5] صنف من النساء الكافرات إن شاء، والله أعلم.

[الصداق]

(ولا يجوز النكاح إلَّا بقدْرٍ من المال مخصوص، وهو رُبع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الورق، أو عرض يساوي أحدهما)[6].

الصداق واجبٌ بالكتاب والسُّنة والإجماع.

[ز: 520/ أ] أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ [النساء: 24][7]، وقال تعالى: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾

= 3/ 775 والمدونة (صادر/ السعادة): 2/ 306.

(1) في (ك): (عليهم).

(2) جملة (اليهودي اليهودية، والنصراني النصرانية) يقابلها في (ز): (اليهود لليهودية، والنصراني للنصرانية).

(3) جملة (اليهودي النصرانية، والنصراني اليهودية) يقابلها في (ك): (والنصراني اليهودية واليهودي النصرانية) بتقديم وتأخير.

(4) في (ز): (والمجوسي).

(5) كلمتا (من أي) يقابلهما في (ك): (بأي).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 37 و(العلمية): 1/ 375.

(7) جملة (شرح: الصداق واجبٌ... مُسَافِحِينَ) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

[النساء: 24]، وقال تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: 50].

وأما السُّنة؛ فما خرَّجه مسلم عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: سألت عائشة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ كم كان صداق رسول الله ﷺ؟

قالت: "كَانَ صَدَاقُهُ لِأَزْوَاجِهِ ثِنْتَيْ عَشْرَةَ أُوقِيَّةً وَنَشًّا"، قَالَتْ: "أَتَدْرِي مَا النَّشُّ؟" قَالَ: قُلْتُ: لَا، قَالَتْ: «نِصْفُ أُوقِيَّةٍ، فَتِلْكَ خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ"[1].

وأما الإجماع فلا خلاف في وجوبه في الجملة، وإنما الخلاف في مقداره، فثبت بهذا أن النكاح لا يجوز إلَّا بصداق.

وأما أكثره؛ فلا حدَّ له إجماعًا[2].

واختُلِفَ في أقله، فقال مالك: أقله ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الورق، أو عرض يساوي أحدهما[3].

وقال ابن وهب: يجوز النكاح بالدرهم[4] والسَّوط والنعلين؛ اتباعًا للحديث[5].

وقال الشافعي: كل ما جاز أن يكون ثمنًا لشيء، أو أجرةً عن شيء؛ جاز أن يكون مهرًا.

وقال أبو حنيفة: أقله دينار، أو عشرة دراهم[6].

قال عبد الوهاب: وإنما حُدَّ بربع دينار؛ لأنه عضو محرم تناوله لحق الله لا يُستباح

---

(1) رواه مسلم: 2/ 1042، في باب الصداق، وجواز كونه تعليم قرآن، وخاتم حديد، وغير ذلك من قليل وكثير، واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يجحف به، من كتاب النكاح، برقم (1426) عن عائشة رضي الله عنها.

(2) قوله: (وأما أكثره؛ فلا حدَّ له إجماعًا) بنصِّه في عيون المسائل، لعبد الوهاب، ص: 323.

(3) قول الإمام مالك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 449.

(4) في (ز): (بالدراهم).

(5) قول ابن وهب بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 450 وبنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1938.

(6) قوله: (وقال الشافعي: كل ما جاز أن يكون... عشرة دراهم) بنصِّه في عيون المسائل، لعبد الوهاب، ص: 323 و324.

إلَّا بعوض؛ فوجب أن يكون مقدَّرًا بربع دينار[1].

أصله: قطع اليد في السرقة[2]. [ك: 103/ ب]

قال الأبهري: ألا ترى أن المرأة إن أباحت نفسها بغير مهرٍ؛ لم يجز.

وإذا ثبت ذلك؛ عُلم أن الفرج محرَّمٌ تناوله من أجل حق الله سبحانه إلَّا بعوض، لا[3] من أجل حق المرأة، كما كان قطع اليدِ محرماً ليس يجوز استباحتها، ولا تناولها من أجل حقِّ الله ﷻ، وإن أباح ذلك صاحب اليد، فمتى سرق ربع دينار؛ جاز تناولها، وكذلك الفرج؛ وجب ألَّا يجوز تناوله بأقل من ربع دينار.

والمعنى الجامع بينهما أن كلا العضوين محرمٌ تناوله من أجل حق الله ﷻ إلَّا بعوض؛ فوجب أن يستوي حكم تناول اليد، وحكم تناول البضع.

فإن قيل: فقد قال النبي ﷺ: «**التَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ**»[4]، وخاتم من حديد قد تكون قيمته أقل من ربع دينار!

قيل له: وقد يحتمل أن تكون قيمته ربع دينار، وليس احتمالك أَوْلَى من احتمالنا؛ لأن ذلك يمكن[5].

على أن الحديث عندنا مخصوص لذلك الرجل بعينه دون غيره، كما أن طعام[6]

---

(1) كلمتا (بربع دينار) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(2) الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 714** والمعونة، لعبد الوهاب: **1/ 498**.

(3) في (ز): (إلا).

(4) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: **3/ 751**، في باب ما جاء في الصداق، والحباء، من كتاب النكاح، برقم **(469)**.

والبخاري: **7/ 13**، في باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، من كتاب النكاح، برقم **(5121)**.

ومسلم: **2/ 1040**، في باب الصداق، وجواز كونه تعليم قرآن، وخاتم حديد، وغير ذلك من قليل وكثير، واستحباب كونه خمسمائة درهم لمن لا يجحف به، من كتاب النكاح، برقم **(1425)**، جميعهم بألفاظ متقاربة عن سهل بن سعد ﵁.

(5) في (ز): (ممكن).

(6) في (ز): (إطعام).

الكفارة مخصوصٌ للرجل الذي أطعمه النبي ﷺ له ولعياله بعينه[1].

ومما يدل على أنه مخصوص بهذا الرجل قوله ﷺ: «**قَدْ زَوَّجْتُكَهَا عَلَى مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ**»[2]، فهذه القصة لهذا الرجل دون غيره؛ لأنَّ مخالفنا في هذه المسألة -وهو الشافعي [ز: **520**/ ب] وجملة أهل العلم- لا يجوِّزُون أن تتزوج المرأة بالرجل على ما معه من القرآن.

والشافعي يجوِّز[3] أن يتزوَّجها على أن يعلمها، ويقول: معنى الحديث هذا، وليس ذلك في الحديث[4].

فإن قيل: هلَّا رددت مقدار الصداق إلى مقدار دية اليد دون أن ترده[5] إلى مقدار[6] ما تُقطع فيه اليد؟

قيل له: أما ردها إلى دية اليد؛ ففاسدٌ بإجماع المسلمين؛ لأنَّ أحدًا لم يرده إلى[7] هذا المقدار، وأما ردُّها[8] إلى ما تقطع فيه؛ فللمعنى الذي ذكرناه.

فإن قيل: فقد رُوي أن رجلًا تزوَّج على عهد رسول الله ﷺ بنعلين[9]، فأجاز

(1) كلمة (بعينه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

والحديث تقدم تخريجه باب ما يوجب القضاء والكفَّارة في الصيام من كتاب الصيام: **294/2**.

(2) صحيح، رواه النسائي: **6/ 123**، في باب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق، من كتاب النكاح، برقم **(3359)**.

وابن ماجة: **1/ 608**، في باب صداق النساء، من كتاب النكاح، برقم **(1889)** كلاهما عن سهل بن سعد رضي الله عنه.

(3) كلمتا (والشافعي يجوِّز) يقابلهما في (ك): (والشافعي يقول: يجوز).

(4) من قوله: (فإن قيل: فقد قال النبي ﷺ: «التمسْ ولو خاتمًا) إلى قوله: (وليس ذلك في الحديث) بنصِّه في رياض الأفهام، للفاكهاني: **4/ 657** و**658**.

(5) في (ز): (ترد).

(6) كلمة (مقدار) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) كلمتا (يرده إلى) يقابلهما في (ز): (يرده إلى مقدار إلى).

(8) في (ز): (ردُّه).

(9) كلمتا (وسلم بنعلين) يقابلهما في (ك): (وسلم تزوَّج بنعلين).

النبي ﷺ نكاحه[1].

قيل له: في سنده عاصم بن عبيد الله، وهو متروك الحديث تكلَّم فيه مالك وغيره.

[يُكره كون الصداق إجارة]

(ويُكره النكاح بإجارة عبدٍ، أو سكنى دار، أو صنعة في سلعة، أو شيء من الإجارات كلها)[2].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ المستحب أن يكون الصداق معجَّلًا.

وأجاز ذلك أشهب في كتاب ابن المواز[3]، وبذلك قال أصبغ، ومنعه ابن القاسم في "العتبية" فقال في النكاح على الإجارة: يفسخ [ك: 102/ أ] قبل البناء ويثبت بعده، ويكون لها صداق مثلها[4].

(ولا يجوز النكاح على عبدٍ آبق، أو بعير شارد، أو جنين في بطن أمه، أو بشيءٍ من الغرر كله، ولا على ثمرة قبل بدوِّ صلاحها على تبقيتها)[5].

اختُلِفَ فيمن تزوَّج بشيءٍ مما ذكره على ثلاثة أقوال فقال مالك مرة: العقد باطل، ويُفسخ قبل الدخول وبعده[6].

وقال مرة: إن أدرك قبل البناء؛ فسخ، وإن لم يدرك حتى دخل بها؛ أقرَّ ولم يفسخ،

---

(1) يشير للحديث الضعيف الذي رواه الترمذي: 3/ 412، في باب ما جاء في مهور النساء، من أبواب النكاح، برقم (1113).

وأحمد في مسنده، برقم (15679) عن عامر بن ربيعة ﷺ أَنَّ امْرَأَةً مِنْ بَنِي فَزَارَةَ تَزَوَّجَتْ عَلَى نَعْلَيْنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَرَضِيتِ مِنْ نَفْسِكِ وَمَالِكِ بِنَعْلَيْنِ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: فَأَجَازَهُ وهذا لفظ الترمذي.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 37 و(العلمية): 1/ 375 و376.

(3) قوله: (لأن المستحب أن يكون الصداق... ابن المواز) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1942.

(4) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 4/ 423.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 37 و38 و(العلمية): 1/ 376.

(6) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 544.

وكان لها صداق مثلها[1].

وقال مرةً: يمضي بنفس العقد.

قال اللخمي: ففسخه مرة قبل الدخول وبعده[2]؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: 24]، فعلَّق الإحلال بالمال، ولأنه عقد معاوضة فيجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع، ولأن المعقود به إذا كان فاسدًا؛ وجب فساد العقد.

ورأى مرةً تصحيحه؛ لأن عقد النكاح مفارق للبيع في موضوعه؛ لأنَّ البياعات طريقها المغابنة والمكايسة، والنكاح طريقه المواصلة والمكارمة؛ ألا ترى أنهما إذا عقدا النكاح ولم يذكرا الصداق أن العقد صحيح بخلاف البيع[3].

وإنما فُسخ قبل[4] البناء؛ ليقع العقد ثابتًا صحيحًا بالإجماع.

وأما إذا وقع الدخول؛ لم يفسخ؛ لأن الصداق قد وجب، وإذا وجب فلا معنى للفسخ، ولأن الصداق الذي كان من أجله الفساد قد زال ووجب صداق صحيح.

(وكل ما جاز بيعه؛ جاز عقد النكاح به[5].

وقد يجوز النكاح بما لا [ز: 521/ أ] يجوز بيعه، وهو جوازه على الوصف[6]؛ مثل عبد مطلق، أو أمة مطلقة أو عبيد أو إماء[7] مُطلقين غير موصوفين.

---

(1) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 217.

(2) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1914.

(3) قوله: (لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾... بخلاف البيع) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 499.

(4) كلمتا (فُسخ قبل) يقابلهما في (ز): (فُسخ العقد قبل).

(5) في (ز): (عليه).

(6) في (ز) و(ك): (الوصفاء) وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) كلمتا (أو إماء) يقابلهما في (ز): (وإماء).

ويرجع في ذلك إلى الغالب[1] من رقيق البلد الذي عقد فيه النكاح، وإن كان مختلفًا؛ وجب أخذ[2] وسطه)[3].

أما قوله: (**وكل ما جاز بيعه جاز عقد النكاح به**)، فهذا مما لا خلاف فيه.

قال الأبهري: لأنَّ عقد النكاح عقدُ معاوضة، فكل ما جاز أن يبيعه الإنسان؛ جاز أن يتزوج به.

وأما قوله: (**وقد يجوز النكاح بما لا يجوز بيعه**... إلى آخر ما ذكره)، فهو المشهور من المذهب.

وقال سحنون: لا يجوز النكاح على خادم[4] حتى يسمي جنس الأمة[5]؛ فيكون عليه وسط من ذلك الجنس، لا من العلي ولا من الوخش، وإن كان مجملًا؛ لم يجز وفسخ قبل البناء وثبت بعده، وكان لها صداق المثل[6].

قال ابن المواز: فإن كان في البلد صنفان الأحمر والأسود، فإن استويا بالبلد؛ نظر إلى وسط[7] السودان [ك: **102**/ ب] ووسط الحمران فإن استويا بالبلد؛ نظر إلى أوسط السودان ووسط الحمران[8]، فأعطيت نصف ذلك[9].

يريد: من كل جنس نصفه[10].

---

(1) في طبعة دار الكتب العلمية: (الغائب).

(2) كلمة (أخذ) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وهي في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): **2/ 38** و(العلمية): **1/ 376** و**377**.

(4) الجار والمجرور (على خادم) ساقطان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(5) كلمتا (جنس الأمة) يقابلهما في (ز): (الجنس).

(6) قول سحنون بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 308** والنكت والفروق، لعبد الحق: **1/ 225**.

(7) في (ك): (أوسط).

(8) جملة (فإن استويا بالبلد؛ نظر... ووسط الحمران) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في النوادر والزيادات.

(9) قول ابن المواز بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 459**.

(10) قوله: (يريد: من كل جنس نصفه) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 307**.

قال مالك في "العتبية": من الإناث دون الذكور، وذلك الشأن[1].

قال مالك: فإن تزوَّج على عبد ولم يصفه، ثم طلَّق قبل البناء؛ كان لها نصف قيمة[2] عبد وسط يوم تزوَّجت[3].

قال اللخمي: [وليس هذا بحسن][4]، وأرى أن يأتي بعبدٍ على الصفة التي كانت تستحق لو لم يقع الطلاق، فيكون شركةً بينهما[5].

وقال الشافعي: لا يجوز النكاح إلَّا بمعلومٍ مقدَّر[6].

قال اللخمي: وقول مالك أبين؛ لأنَّ المقصود في النكاح المكارمة والمواصلة، بخلاف البيع[7].

[النكاح على الفرش والجهاز]

(ويجوز النكاح على الفرش والجهاز، ويرجع في ذلك إلى عُرف[8] الناس في البدوي والقروي.

ومن نكح امرأةً على شورة بيت -وهو جهاز البيت[9]- فإن كان بدويًّا؛ فعليه شورة[10] أهل البادية، وإن كان حضريًّا؛ فعليه شورة أهل الحاضرة)[11].

---

(1) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: **4/ 276**.

(2) كلمتا (نصف قيمة) يقابلهما في (ز): (قيمة نصف) بتقديم وتأخير.

(3) قول الإمام مالك بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 459** وهو بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1920**.

(4) عبارة (وليس هذا بحسن) زائدة من تبصرة اللخمي.

(5) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1920**.

(6) قول الشافعي بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 506**، والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 308**.

(7) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1920**.

(8) الجار والمجرور (إلى عُرف) يقابلهما في (ز): (لعُرف).

(9) عبارة (وهو جهاز البيت) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في طبعتي التفريع.

(10) في (ك): (شوار).

(11) في (ك): (الحضر).

التفريع (الغرب): **2/ 38** و(العلمية): **1/ 377**.

اختُلف في النكاح على شورة بيت، فأجاز ذلك مالك[1] وحمله على العرف، وقال: إن كان بدويًّا فعليه شورة أهل البادية[2]، وإن كان حضريًّا فعليه شورة أهل الحاضرة.

قال ابن المواز: لا يجوز النكاح على شورة بيتٍ بغير صفة، ويفسخ قبل البناء، ويثبت بعده، ويكون لها صداق المثل[3].

قال اللخمي: وقول مالك أبين؛ لأن النكاح المقصود فيه[4] المكارمة بخلاف البيع[5].

قال مالك: ومن نكح امرأةً بحلي أو شورة ولم يُسمِّ ذلك؛ فعليه من ذلك ما يكون لمثلها في حالها، وإنما ينظر إلى المرأة وحالها.

وإن تزوَّج برقيق[6] ولم يسم حمرانًا ولا سودانًا؛ فإنه ينظر إلى الوسط من ذلك، وذلك جائز[7].

قال الأبهري: وإنما جاز النكاح على شورة البيت، وعلى الوصفاء، وإن لم يسم ذلك؛ لأن النكاح لمَّا كان موضوعًا على غير المكايسة [ز: **521**/ ب] والمناجزة جُوِّز فيه ما لم يجز في البيع والإجارة؛ ألا ترى أن الله ﷻ أجاز عقد النكاح على غير صداق مسمَّى في حال العقد، وهو نكاح التفويض، فلمَّا جاز النكاح على غير عوض مسمَّى في حال العقد ولم[8] يجز ذلك في البيع؛ جاز أن يسمي في النكاح شيء وإن لم يعين؛ لأنَّ

---

(1) في (ز): (مرةً).

(2) قوله: (إن كان بدويًّا فعليه شورة أهل البادية) بنصِّه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: **194**.

(3) قول ابن المواز بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 461**.

(4) في (ك): (به).

(5) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1920**.

(6) في (ز): (بوصيف)، وما رجحناه موافق لما في مختصر ابن عبد الحكم.

(7) قول الإمام مالك بنصِّه في المختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: **194**.

(8) كلمتا (العقد ولم) يقابلهما في (ك): (العقد وهو نكاح التفويض، فلما جاز النكاح على غير عوض مسمى في حال العقد ولم).

موضوعه على المكارمة والمواصلة دُون المناجزة والمكايسة(1).

ألا ترى أن من عُرف الناس وعادتهم في الأغلب المسامحة في الصداق إما من جهة الزوج بزيادة في الصداق، أو من جهة المرأة(2) بالنقصان من [ك: 101/ أ] صداق مثلها؛ فجاز(3) لهذه العلة النكاح على الوصفاء من العبيد والإماء، ثم يرجع إلى ما يتعارفه الناس على حسب حال الزوج والزوجة.

وقد أجاز الناس الكتابة على الوصفاء، والكتابة معاوضة؛ إلا أنها لا تجري مجرى المكايسة(4)؛ لأنه(5) يدخلها حرية وهي قربة إلى الله سبحانه، فكذلك النكاح وهو(6) فعل خيرٍ يُتقرب به إلى الله تعالى، وليس يجري مجرى المعاوضة على الأموال.

فإن تزوجها(7) على بيت يبنيه لها؛ لم يجز النكاح على ذلك.

وفرَّق بينه وبين أن يتزوجها على شورة بيت؛ لأنها لا تدري في أيِّ موضع يبنيه لها من البلد(8).

قال(9) ابن يونس: إلَّا أن يكون سمَّى لها الموضع، ويكون ذلك الموضع في ملكه، ووصف الطول والعرض؛ فإنه يجوز.

وإن كان البيت الذي يبنيه مضمونًا عليه، فقال ابن أبي زيد(10): لا يجوز.

قال ابن يونس: لأن ذلك يرجع إلى السلم في معين؛ لأنه لا بدَّ أن يصف البناء

---

(1) انظر: مخطوط جوتة لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [154/ أ].

(2) جملة (الزوج بزيادة في الصداق، أو من جهة المرأة) يقابلها في (ز): (الزوجة).

(3) في (ك): (فجائز).

(4) قوله: (وقد أجاز الناس الكتابة على الوصفاء... مجرى المكايسة) بنحوه في مخطوط جوتة لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [154/ أ] والمعونة، لعبد الوهاب: 2/ 382.

(5) في (ز): (لأنها).

(6) في (ز): (هو).

(7) في (ز): (نكحها).

(8) قوله: (فإن تزوجها على بيت يبنيه لها... لها من البلد) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1919.

(9) كلمة (قال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(10) كلمة (زيد) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

والموضع[1].

(ومن نكح امرأةً على درهمين، فإن دخل بها؛ أكمل لها ثلاثة دراهم ولم يفسخ النكاح[2].

وإن طلَّقها قبل الدخول بها[3]؛ لزمه درهمٌ واحد، ولا يفسخ النكاح)[4].

اختُلف فيمن تزوَّج امرأة بدرهمين فقال ابن القاسم: إن علم به قبل البناء؛ أُمر أن يكمل لها ثلاثة دراهم، فإن أكملها وإلَّا فُرق بينهما، وإن لم يعلم به حتى دخل بها؛ أُجبر على أن يكمل لها ربع دينار، وإن طلَّق قبل البناء[5]؛ كان لها نصف الدرهمين؛ لأنه صداقٌ مختلف فيه.

قال غير ابن القاسم: يفسخ قبل البناء وبعده، ولها صداق المثل، وهو كمن تزوَّج بغير صداق[6].

قال اللخمي: والأول أصوب، فلا يفرق بينهما قبل البناء إن أتم لها ربع دينار؛ لقوة الاختلاف فيه، وإن دخل بها؛ ثبت النكاح، وكان لها ربع دينار؛ لأنها وهبت ما هو حق لله تعالى، وحق لها، فردَّت هبتها فيما هو حق لله تعالى[7]، ومضت هبتها فيما هو حق لها.

واختُلف إذا لم يتم لها قبل البناء ربع دينار وفسخ النكاح، هل يكون لها شيء؟ أم

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 307.

(2) عبارة (ولم يفسخ النكاح) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(3) كلمة (بها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) عبارة (ولا يفسخ النكاح) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

التفريع (الغرب): 2/ 38 و(العلمية): 1/ 377.

(5) جملة (أُجبر على أن يكمل... قبل البناء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) جملة (قال غير ابن القاسم: يفسخ قبل البناء... بغير صداق) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في المدونة (صادر/ السعادة).

انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 223 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 9.

(7) جملة (وحق لها، فردَّت هبتها فيما هو حق لله تعالى) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.

لا[1]؟

فقال ابن المواز: يكون لها نصف الدرهمين.

وقال ابن حبيب: لا شيء لها[2].

قال ابن يونس: والصواب ما قاله ابن المواز، قال: وإنما كان لها في الفسخ[3] نصف الدرهمين؛ لأن بعض العلماء يراه نكاحًا صحيحًا، وإنما [ز: 522/ أ] فسخه عندنا على طريق الاستحباب؛ إذ لو شاء الثبات عليه لأتمَّ ربع دينار[4]، فإذا لم يتمه؛ صار كمختار الطلاق؛ فوجب عليه نصف الدرهمين.

ووجه قول ابن حبيب هو أن الفسخ إنما جاء من أجل الصداق، فكيف يعطى نصف ما وجب الفسخ بسببه[5]؟

[فيمن تزوج على عرض، فاستحق من يد المرأة]

(ومن تزوَّج [ك: 101/ ب] امرأةً على عرض[6] موصوف، ثم دفعه إليها فاستحق من يدها[7]؛ فعليه مثله.

وإن نكحها على عرض بعينه، فاستحق من يدها[8]؛ فعليه قيمته)[9].

والفرق بينهما هو أنه لما تزوَّجها بشيء معيَّن فاستحق رجعت عليه بقيمته؛ لأن القيمة تقوم مقامه بخلاف الأول، فإن الذمَّة مشغولة، فإذا استحق ما دَفَعَه إليها؛ رجعت

---

(1) كلمتا (أم لا) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1940.

(3) كلمة (الفسخ) يقابلها في (ز): (فسخ النكاح)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(4) كلمتا (ربع دينار) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

(5) كلمة (بسببه) يقابلها في (ك): (من سبيله).

الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 319.

(6) الجار والمجرور (على عرض) يقابلهما في (ك): (بعرض).

(7) في (ز): (يديها).

(8) في (ز): (يديها).

(9) التفريع (الغرب): 2/ 38 و(العلمية): 1/ 377.

عليه بمثل الصفة.

وقال ابن كنانة: إذا تزوَّجها بعبدٍ فاستحق؛ فإنها ترجع بمثله.

وقيل: ترجع بصداق المثل[1].

[فيمن تزوج بصداق فاسد]

(ومن تزوج امرأةً[2] بصداقٍ فاسد؛ صحَّ العقد وبطل الصداق.

فإن دخل بها؛ فلها مهر مثلها، وإن طلَّقها قبل الدخول؛ فلا شيء لها)[3].

قال اللخمي: اختُلِفَ فيمن تزوَّج بصداقٍ فاسد على ثلاثة أقوال:

أحدها أنه يمضى بنفس العقد، ويكون لها صداق المثل إن دَخَلَ بها، وإن طلَّق قبل البناء؛ لم يكن لها شيءٌ؛ كالتفويض.

والقول الآخر أنه يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده.

والقول الثالث أنه يفسخ قبل البناء وبعده.

قال اللخمي: فأثبت ذلك مرة بالعقد؛ لأنه عقد[4] يوجب الشبهة، وتقع به الحرمة بينه وبين أمها وابنتها، وبين آبائه[5] وأبنائه[6].

وفسخه مرة قبل الدخول[7] وبعده؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: 24]، فعلَّق الإحلال بالمال، ولأنه[8] عقد معاوضة؛ فوجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع[9].

---

(1) قوله: (وقال ابن كنانة: إذا... المثل) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1923.

(2) كلمة (امرأةً) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 38 و(العلمية): 1/ 377.

(4) كلمة (عقد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) في (ز): (أبيه).

(6) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1914.

(7) في (ز): (البناء).

(8) في (ز): (ولا).

(9) قوله: (وفسخه مرة قبل الدخول... كالبيع) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 499.

قال الأبهري: ولأنَّ الصداق الفاسد لمَّا قارن عقد النكاح أفسده ولم يجز الثبات عليه، كالأجل المجهول إذا قارن العقد أفسده ولم يجز الثبات عليه، والصحيح ما حكاه ابن القاسم وغيره عن مالك، وهو أنه يُفسخ قبل البناء ويثبت بعده؛ للعلة التي نذكرها بعد هذا.

ووجه القول بأنه يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده هو أن الفسخ إنما كان قبل البناء؛ ليقع العقد ثابتًا صحيحًا بالإجماع، ولأن الفسخ إنما كان قبل البناء(1) من أجل الصداق، فإذا استقر بالدخول؛ فلا معنى للفسخ؛ لزوالِ الصداق الذي كان الفسخ من أجله.

قال الأبهري: ولأنهم مُذ(2) فعلوا ما لا يجوز لهم فِعله من جعل الصداق مجهولًا أو غررًا، وذلك ممنوع منه؛ فوجب زجرهم عن فعل مثله ففسخ العقد؛ لئلَّا يعودوا(3) إلى مثله خوف الفسخ عليهم، وإن دخل لم يفسَخ؛ لأنه قد وجب بالدخول صداق صحيح غير مجهول ولا غرر(4)، وهو صداق مثلها فلم يجب فسخ النكاح؛ [ز: 522/ ب] لوجوب الصداق؛ إذ لا [ك: 100/ أ] وجه لفسخ نكاح من أجل صداق فاسد، وقد وجب فيه صداقٌ صحيح.

[نقد الصداق قبل الدخول]

(ويستحب لمن تزوَّج امرأة أن ينقدها صداقها، أو ربع دينار منه قبل الدخول(5).
فإن دخل بها قبل أن ينقدها؛ فلا شيء عليه في التأخير)(6).

---

(1) جملة (ليقع العقد ثابتًا صحيحًا... قبل البناء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) كلمة (مُذ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) في (ك): (يعود).

(4) كلمتا (ولا غرر) يقابلهما في (ز): (وغرر).

(5) كلمتا (قبل الدخول) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز)، وهي في طبعتي التفريع.

(6) كلمتا (في التأخير) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز)، وهي في طبعتي التفريع.
و التفريع (الغرب): 2/ 38 و39 و(العلمية): 1/ 377.

والأصل في ذلك ما خرَّجه النسائي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: تَزَوَّجْتُ فَاطِمَةَ فقلتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، ابْنِ لِي، فقال: «**أَعْطِهَا شَيْئًا**»، فقلت: مَا عِنْدِي مِنْ شَيْءٍ، فقال: «**فَأَيْنَ دِرْعُكَ الْحُطَمِيَّةُ**[1]»؟ قلت: هو عندي. قال: «**فَأَعْطِهَا إِيَّاهُ**»[2].

وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَا يَدْخُلْ عَلَيْهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا شَيْئًا**»، خرَّجه العقيلي[3].

قال ابن شهاب: وذلك مما عمل به المسلمون، ورأوه[4] حسنًا[5].

قال الأبهري: ولأن المهر نحلة البضع، فاستحب له أن يقدِّم ما يستحل البضع به.

وقال عز وجل: ﴿**وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً**﴾ [النساء: 4]، وقال تعالى: ﴿**فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَى ٱلْأَجَلَ وَسَارَ بِأَهْلِهِۦٓ**﴾ [القصص: 29]، فقدَّم الصداق قبل البناء بأهله[6]؛ فلهذا استحب مالك تقدمة الصداق كله، أو ما يستحل به الفرج.

وأقله ربع دينار، ولا فرق بين الحر والعبد في ذلك، فإن لم يفعل؛ جاز[7].

قال الأبهري: ولأنه قد وجب في ذمته بالدخول فهو دَينٌ عليه إلى أن تطالبه المرأة به[8].

---

(1) كلمة (الحطمية) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

الخطابي: الحطمية: منسوبة إلى حطمة بطن من عبد القيس كانوا يعملون الدروع. ويقال: إنها الدرع السابغة التي تحطم السلاح. اهـ. من معالم السنن: 3/ 215.

(2) حسن صحيح، رواه النسائي: 6/ 129، في باب تحلة الخلوة، من كتاب النكاح، برقم (3375) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(3) رواه العقيلي في الضعفاء الكبير: 3/ 340، عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(4) في (ز): (ورآه).

(5) قول ابن شهاب بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1944.

(6) كلمة (بأهله) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(7) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه وعزاه إليه الفاكهاني في رياض الأفهام: 4/ 655.

(8) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

وتأخير القبض لا يخرجه عن الوجوب، وإنما استحببنا أن يكون[1] أقل ما يقدم فيه[2] أقل ما يُستباح به الفرج، وهو ربع دينار؛ لأنه لو اقتصر في المهر على ذلك القدر؛ لجاز[3].



(1) كلمتا (أن يكون) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(2) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) قوله: (وتأخير القبض لا... القدر؛ لجاز) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 500**.

باب الصداق يسقط ويثبت

(ومن تزوَّج أمةً[1] ثم اشتراها قبل الدخول بها؛ انفسخ نكاحها، وسقط عنه صداقها)[2].

اعلم أنه إذا ملك أحد الزوجين صاحبه، أو شيئًا منه؛ قليلًا كان أو كثيرًا، كان ذلك بشراء أو هبة أو صدقة أو ميراث أو وصية أو أرش جناية؛ فإن نكاحهما ينفسخ[3]؛ للإجماع على أنه لا يجوز للسيد أن يتزوج أمته، ولا للمرأة أن تتزوج عبدها، وأنه إن فعل ذلك؛ لم ينعقد النكاح[4]، ويكون إصابته[5] إياها بملك اليمين؛ لأن الرجل يستبيح منافع البضع في أمته بملكه، ويتصرف فيها بالبيع والهبة، وغير ذلك.

والتزويج إنما هو عقدٌ معاوضة على استباحة منافع مخصوصة ليست بمملوكة، فلو أبحنا له تزويج أمته؛ لحرَّمنا عليه التصرف فيها بالبيع وغيره، ولم يجز تزويج المرأة [ك: **100**/ ب] لعبدها؛ لأن منافع البضع يملكه الزوج على المرأة، وذلك مستحيل في حق العبد أن يملك من سيدته شيئًا؛ لأنها تملك رقبته، وذلك يوجب تعارض الحقوق؛ لأنه إذا ملك بضعها لزمها[6] [ز: **523**/ أ] طاعته بالزوجية، ويلزمه طاعتها بالرق، ويلزم كل واحد نفقة الآخر، وفي ذلك[7] تعارض الحقوق وبطلانها.

إذا ثبت هذا؛ وجب إذا ملك أحد الزوجين صاحبه بأحد الوجوه التي ذكرناها أو شيئًا منها؛ أن يُفسخ[8] النكاح، ويكون فسخًا بغير طلاق؛ لأنه نكاح لا يُقرَّان عليه، وقاله

---

(1) في (ك): (امرأة)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): **2/ 39** و(العلمية): **1/ 377**.

(3) قوله: (إذا ملك أحد الزوجين... ينفسخ) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 22**.

(4) قوله: (للإجماع على أنه لا يجوز للسيد... ينعقد النكاح) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 282**.

(5) في (ك): (إصابتها).

(6) كلمتا (بضعها لزمها) يقابلهما في (ك): (بعضها لزمتها).

(7) كلمتا (وفي ذلك) يقابلهما في (ز): (وذلك يوجب).

(8) في (ز): (ينفسخ).

علي بن أبي طالب وابن مسعود[1].

قال أبو الزناد: وهي السُّنة[2].

فإن كان شراؤه لها قبل الدخول بها[3]؛ فلا صداق لها.

وقال: إن[4] قبضه السيد رده؛ لأنَّ الفسخ جاء من قِبَله[5].

قال الأبهري: لأنه لمَّا باع الأمة من زوجها انفسخ النكاح.

فإن قيل: إن المشتري -وهو الزوج- قد جاء الفسخ من قِبَله؛ لأنه بالشراء ملك، وبالملك انفسخ النكاح؛ فهو من قِبَله[6]، فيجب أن يكون عليه المهرَ

قيل له: المبتدئ بالفسخ[7] هو البائع؛ لأنه لو لم يبع البائع لم يتوصل المشتري إلى الشراء؛ لأن وقوع[8] الشراء هو[9] بعد قول[10] البائع: (قد بعتك) فوجب لهذه العلة ألَّا يكون للبائع صداق أمته؛ لأن الفسخ جاء من قِبَله إذا باعها[11] من زوجها قبل الدخول بها.

وإن اشتراها الزوج[12] بعد البناء بها[13]؛ فالصداق لبائعها كمالِها؛ لأنها استحقته

---

(1) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: 3/ 502، برقم (16486) عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(2) من قوله: (ويكون إصابته إياها بملك اليمين) إلى قوله: (قال أبو الزناد: وهي السُّنة) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 364 باستثناء قوله: (لأنه نكاح لا يُقرَّان عليه).

(3) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) كلمتا (وقال: إن) يقابلهما في (ك): (وإن).

(5) في (ز): (أجله).

قوله: (فإن كان شراؤه لها قبل... قِبَله) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 14.

(6) جملة (لأنه بالشراء ملك... من قِبَله) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) كلمتا (المبتدئ بالفسخ) يقابلهما في (ز): (إن المشتري وهو الزوج ليس هو المشتري بالفسخ، وإنما).

(8) كلمتا (لأن وقوع) يقابلهما في (ز): (إلَّا بوقوع).

(9) كلمة (هو) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(10) كلمة (قول) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(11) في (ز): (جاء).

(12) كلمة (الزوج) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(13) كلمة (بها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

بالمسيس؛ إلَّا أن يشترطه[1] المبتاع، فإن ابتاعها غير الزوج؛ فمهرها لسيدها البائع بنى بها الزوج أم لا؛ إذ النكاح قائمٌ، إلَّا أن يشترطه المبتاع[2].

[في العبد يتزوج أمة، فتعتق قبل الدخول بها]

(وإذا تزوَّج عبدٌ أمةً ثم عتقت تحته قبل دخوله[3] بها، فاختارت نفسها؛ سقط صداقها)[4].

والأصل في ذلك ما رُوي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "عتقت بريرة وهي تحت عبد يُدعى مغيث، فخيَّرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها"، فقال لها رسول الله ﷺ: «**إِنْ قَرِبَكِ فَلَا خِيَارَ لَكِ**»[5].

وفي حديث آخر: فقال لها رسول الله ﷺ[6]: «**لَوْ رَاجَعْتِيهِ**» فقالت: يَا رَسُولَ اللهِ، تَأْمُرُنِي؟ قَالَ: «**إِنَّمَا أَنَا**[7] **أَشْفَعُ**»، قَالَتْ: لَا حَاجَةَ لِي فِيهِ[8].

قال الأبهري: ولأن حرمتها أعلى من حرمته[9]؛ فوجب لها الخيار لهذه العلة.

إذا ثبت هذا، فإذا عتقت أمة تحت عبد، فاختارت نفسها، فلا يخلو ذلك[10] إما أن

---

(1) في (ز): (يشترطها).

(2) قوله: (وإن اشتراها الزوج بعد البناء بها... يشترطه المبتاع) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 14.

(3) كلمة (دخوله) يقابلها في (ز): (أن يدخل)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 39 و(العلمية): 1/ 377 و378.

(5) ضعيف، رواه أبو داود: 2/ 271، في باب حتى متى يكون لها الخيار؟، من كتاب الطلاق، برقم (2236).

والدارقطني في سننه: 4/ 449، برقم (3775) كلاهما عن عائشة رضي الله عنها.

(6) جملة («إن قربكِ فلا...) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(7) كلمة (أنا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) رواه البخاري: 7/ 48، في باب شفاعة النبي ﷺ في زوج بريرة، من كتاب الطلاق، برقم (5283) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(9) كلمة (حرمته) يقابلها في (ز): (حرمة زوجها).

(10) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

يكون قبل الدخول أو بعده، ثم لا يخلو إمَّا أن يكون فَرَضَ لها صداقًا أو لم يفرض، فإن كان ذلك قبل الدخول؛ فلا شيء لها [ك: 99/ أ] من الصداق؛ فرض لها صداقًا[1] أو لم يفرض.

فإن كانت أخذت منه شيئًا ردَّته؛ لأنَّ الفسخ من قِبَلها جاء، وفرقتها تطليقة.

وإن كان ذلك[2] بعد الدخول، فإن كان فرض لها صداقًا؛ أخذت جميعه إلَّا أن يشترطه سيدها حين أعتقها فيكون ذلك له[3].

وإن كان الزوج لم يفرض لها شيئًا واختارت صداقًا؛ أخذت جميعه إلَّا أن يشترطه سيدها حين أعتقها، فيكون ذلك له، وإن كان الزوج لم يفرض لها شيئًا واختارت[4] نفسها بعد [ز: 523/ ب] الدخول بها؛ فلها مهر مثلها.

[سقوط الصداق في تخيير الرجل امرأته، وردة المرأة]

(ولو خيَّر رجلٌ امرأته أو ملَّكها أمرها، فاختارت نفسها قبل الدخول بها[5]؛ لم يسقط صداقها؛ لأن الطلاق من جهة الرجل[6] لا من جهتها.

ولو ارتدَّت قبل الدخول بها؛ سقط صداقها، وكذلك لو ارتدَّ زوجها.

ويتخرج فيها رواية أخرى أن لها نصف صداقها)[7].

اعلم أن ارتداد أحد الزوجين يوجِب الفراق، فإن ارتدَّ الزوج؛ لم يصح أن يكون

---

(1) كلمة (صداقًا) يقابلها في (ك): (من الصداق).

(2) كلمتا (كان ذلك) يقابلهما في (ز): (كانت).

(3) قوله: (فإن كان ذلك قبل الدخول... ذلك له) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 14 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 335.

(4) جملة (صداقًا؛ أخذت جميعه... واختارت) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) عبارة (قبل الدخول بها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(6) في (ك): (الزوج).

(7) في (ز): (الصداق).

و التفريع (الغرب): 2/ 39 و(العلمية): 1/ 379.

كافرًا تحته مسلمة، وإن ارتدت الزوجة إلى المجوسية؛ لم يصح أن تكون زوجة للمسلم.

واختُلف إذا ارتدَّت إلى النصرانية، أو ارتدَّ الزوج وتحته نصرانية؟

فقيل: يقع الفراق في الموضعين جميعًا.

وقال علي بن زياد وابن أشرس: إذا ارتدَّت المرأة إلى المجوسية وزوجها مسلم؛ وقعت الفرقة بينهما.

وقال أصبغ: إذا ارتدَّ وزوجاته نصرانيات، أو يهوديات؛ فلا يحال بينه وبينهن، ولا يحرمن عليه إن عاود الإسلام؛ لأن الله ﷻ قال: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: 10][1]، فإذا ارتدَّ وتحته نصرانية، أو ارتدت هي إلى النصرانية؛ لم يفرق بينهما لما كان جائزًا أن يعقد النكاح وهو على ذلك الدِّين.

وقد احتجَّ من نصر القول الأول بقوله تعالى اسمه: ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾ [الزمر: 65].

قال: وهذا عمل، وليس بصحيح.

والمراد بالآية: الأعمال التي كانت لله تعالى، وهذه تباعات بين آدميين، ولا خلاف أن الردَّة لا توجب نقض ما تقدَّم من التباعات[2].

إذا قلنا: إن الفرقة بارتداد أحد الزوجين واقعة، فهل ذلك فسخ أو طلاق؟

فقال مالك: ارتداد أحد الزوجين[3] طلقة بائنة، ولا رجعة [ك: 99/ ب] له إن أسلم[4].

(1) قول أصبغ بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 14/ 507.

(2) من قوله: (ارتداد أحد الزوجين يوجب الفراق) إلى قوله: (توجب نقض ما تقدَّم من التباعات) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 2132 و2133.

(3) كلمتا (أحد الزوجين) يقابلهما في (ز): (أحدهما).

(4) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 315.

وقال أشهب في "المبسوط": هي[1] فسخ[2].

وأما الصداق، فإن ارتدَّت الزوجة قبل البناء؛ فلا شيء لها؛ لأنَّ منع تسليم المبيع وما يستحق عنه العوض منها، وسواء قلنا: إنه فسخ أو طلاق.

وإن ارتدَّ الزوج؛ كان لها نصف الصداق على القول: (إنه طلاق).

ويختلف على القول: (إنه فسخ) فقال مالك في "المبسوط": لها نصف الصداق.

وقال عبد الملك: لا شيء لها[3].

[اللعان قبل الدخول وتأثيره في الصداق وكذلك أثر الخلع عليه]

(ولو لاَعَنَها قبل الدخول بها؛ لسقط صداقها)[4].

اختُلف في اللعان هل هو فسخ؟ أو طلاق؟

فقيل: فسخ.

وقال ابن الماجشون: لا يلاعن في الحيض؛ لأنه طلاق[5].

أما قوله[6]: **(فإن لاعنها قبل الدخول بها؛ لسقط صداقها)** فهو على القول بأنه فسخ، أو هو على القولين جميعًا.

فأما على القول بأن اللعان فسخ؛ فظاهر؛ لأنَّ كل فسخ يكون[7] قبل الدخول؛ فلا صداق فيه.

---

(1) في (ز): (هو).

(2) قول أشهب بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 2134.

(3) قوله: (وقال أشهب في "المبسوط": هي فسخ... شيء لها) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1955.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 39 و(العلمية): 1/ 379.

(5) قوله: (اختُلف في اللعان: هل هو فسخ... لأنه طلاق) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1843.

(6) كلمتا (أما قوله) يقابلهما في (ز): (وقوله).

(7) كلمة (يكون) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

وأما على القول بأنه طلاق؛ ففيه نظر.

والظاهر أنه لا شيء لها كالارتداد[1].

[أثر الخلع على الصداق]

[ز: 524/ أ] (ولو خالعها على شيءٍ من مالها، وسكتا عن ذكر الصداق قبل الدخول بها؛ لسقط صداقها.

ولو خالعها على بعض صداقها قبل الدخول بها؛ كان لها نصف ما بقي من صداقها)[2].

اعلم أنه إذا خالع الرجل امرأته على شيء يأخذه منها - دنانير أو دراهم أو عروضًا أو غير ذلك مما يتراضيان به - فلا يخلو ذلك إما أن يكون قبل الدخول أو بعده.

فإن خالعها على عشرة دنانير يأخذها منها، وعلى[3] أن تسقط عنه جميع صداقها؛ فإن صداقها يسقط، وله عليها العشرة الدنانير[4]؛ مدخولًا بها كانت[5] أو غير مدخول بها؛ شرطت عليه طلقة واحدة أو أكثر.

وسواء قالت: (اخلعني) أو (طلقني) فإن خالعها على عشرة من صداقها وكانت مدخولًا بها؛ سقطت العشرة من صداقها، وكان لها ما بقي، وإن كان ذلك قبل الدخول بها؛ سقطت العشرة من جملة صداقها، وكان ما بقي قبل الدخول بينهما نصفين[6].

قال الأبهري: لأن الذي أعطته[7] على الخلع من الصداق هو له[8] من قِبَل أنه أخذه

---

(1) في (ز): (بالارتداد).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 39 و(العلمية): 1/ 380.

(3) في (ز): (على).

(4) في (ز): (دنانير).

(5) كلمة (كانت) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) قوله: (وسواء قالت: اخلعني أو طلقني... بينهما نصفين) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 5/ 2546.

(7) في (ك): (أعطت).

(8) ما يقابل كلمتا (هو له) غير قطعيّ القراءة في (ك).

بدل ما أعطاها، وهو الطلاق وما بقي فله شطره[1]؛ لأنه ممن طلَّق قبل الدخول، وقد سمَّى صداقًا فيسقط عنه نصف التسمية.

قال تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 237].

واختُلِفَ إذا وقعت المخالعة [ك: 98/ أ] على عشرة دنانير وسكتا عن ذكر الصداق؟

قال اللخمي: فقال ابن القاسم: إذا قالت: (طلِّقني على عشرة دنانير) كانت له العشرة، والصداق ثابت بينهما يقتسمانه نصفين.

وإن قالت: (اخلعني) لم يكن لها من الصداق شيء، فإن لم تكن قبضته؛ لم تأخذ شيئًا، وإن قبضت جميعه؛ ردَّته.

وقال أشهب: لا فرق بين قولها: (طلقني) أو (اخلعني) ذلك سواء، ويكون له العشرة، ولها نصف الصداق قبضته أو لم تقبضه[2].

قال اللخمي: وقول أشهب أحسن؛ لأن قولها[3]: (اخلعني) أو (بارئني) أو (تاركني) إنما يتضمَّن خلع النفس والإبراء من العصمة، والمتاركة منها ليس الانخلاع من المال والإبراء منه، ولو كان كذلك؛ لسقط عنه الصداق إذا كانت مدخولًا بها، وكذلك غيره من ديونها[4].

ووجه قول ابن القاسم هو أن ظاهر سكوتها وإبهامها الخلع بمنزلة النص على أنه من عندها؛ لأنها لو أرادت الرجوع بنصف الصداق؛ لم يلزم ذمتها شيء سواه[5].

---

(1) في (ك): (شرطه).

(2) من قوله: (فقال ابن القاسم: إذا قالت: طلِّقني على) إلى قوله: (الصداق قبضته أو لم تقبضه) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/ 269 و270.

(3) في (ز) و(ك): (قوله)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 5/ 2546 و2547.

(5) قوله: (ووجه قول ابن القاسم هو: أن... سواه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 510.

[فيمن وهبت لزوجها نصف الصداق أو كله، ثم طلَّقها قبل الدخول]

(ولو وهبت له[1] نصف صداقها، ثم طلَّقها قبل الدخول بها؛ كان لها نصف ما بقي، ولا شيء لها من[2] النصف الموهوب.

ولو وهبت له الصداق كلَّه، ثم طلقها قبل الدخول بها؛ لم يكن لها شيءٌ من الصداق)[3].

اعلم أن هبة [ز: 524/ ب] المرأة لصداقها جائز قبل البناء وبعده.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: 4][4]، فدلَّ على جواز ذلك.

قال مالك: وذلك إذا كانت ثيبًا قد جاز أمرها.

قال الأبهري: لأنَّ[5] هبة المرأة الرشيدة جائزة[6]، فوضعها[7] صداقها عن زوجها هبة منها له، وذلك جائز، فإن طلَّقها قبل البناء؛ لم ترجع عليه بشيء من قِبَل أنها[8] إذا وهبت له الصداق أو أبرأته منه، فكأنه لم يسمِّ الصداق؛ لأنه لم يتحصَّل بالقبض قبل الدخول، وكأن التسمية كانت سمعة لا أنها صداق على الحقيقة. من الأبهري.

ويؤمر الزوج إذا وهبته كل الصداق قبل البناء[9] أن لا يدخل بها حتى يعطيَها ربع

(1) كلمتا (وهبت له) يقابلهما في (ز): (وهبته)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) في (ز): (في).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 39 و40 و(العلمية): 1/ 380.

(4) قوله: (هبة المرأة لصداقها جائز... مَرِيئًا) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1961.

(5) في (ز): (إنَّ).

(6) في (ك): (جائز).

(7) في (ز): (بوضعها).

(8) في (ز): (أنه).

(9) في (ك): (الدخول).

دينار؛ خوفًا أن يكون عقدا[1] على إسقاط الصداق، ولئلا يتذرَّع الناس إلى النكاح بغير صداق.

فإن طلَّق بعد الترك وقبل البناء؛ لم ترجع عليه بشيء.

فإن وهبته نصفه ثم طلقها قبل البناء؛ رجعت[2] عليه بنصف الباقي دون ما وهبت[3] له[4].

قال الأبهري: لأن ذلك قد سقط عنه[5].

قال ابن يونس: وكأنه لم يصدقها غيره[6].

قال الأبهري: [ك: 98/ ب] فأما إذا كانت بكرًا؛ فلا يجوز لها أن تهب من صداقها شيئًا ولا من سائر مالها.

لأنها[7] في الحجر عند مالك حتى يدخل بها زوجها، ويبرز وجهها، ويعلم هل هي رشيدة؟ أم لا؟[8].

[في ضمان السيد صداق عبده]

(وإذا تزوج عبدٌ امرأةً بصداق، فضمنه عنه سيده، ثم دفع السيدُ العبد إلى المرأة عوضًا عن[9] صداقها؛ انفسخ نكاحها وبطل صداقها، وردَّت العبد على سيده.

---

(1) في (ز): (عقد)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(2) كلمتا (البناء رجعت) يقابلهما في (ز): (البناء؛ ثم رجعت)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) في (ز): (وهبته).

(4) قوله: (ويؤمر الزوج إذا... وهبت له) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1961.

(5) جملة (قال الأبهري: لأن ذلك قد سقط عنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 321.

(7) في (ك): (لأنه).

(8) قوله: (لأنها في الحجر عند مالك... أم لا) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 6/ 132.

(9) في (ك): (من).

وإن أعطاها العبد بعد الدخول[1] بها؛ انفسخ النكاح، وكان العبد مملوكًا لها)[2].

وإنما قال: إنَّ[3] النكاح ينفسخ؛ لأجل تعارض الحقوق؛ لأنه لما تزوجها فقد ملك بضعها، فلزمها طاعته بالزوجية، وتلزمه طاعتها بالرق، ويلزم كل واحد منهما نفقة الآخر[4]، وفي ذلك تعارض الحقوق[5].

وقد أجمع المسلمون على أنه لا يجوز للسيد أن يتزوج أمته، ولا للمرأة أن تتزوج عبدها[6].

إذا ثبت هذا، فإن كان الفسخ قبل البناء؛ ردَّت العبد على سيده؛ لأن كل نكاح فسخ قبل البناء؛ فلا صداق فيه، ولأن الفسخ جاء من قِبَلها، وإن كان بعد البناء؛ كان العبد ملكًا لها؛ لأنها قد استحقت الصداق بالمسيس.

---

(1) في (ز): (البناء).

(2) كلمتا (مملوكًا لها) يقابلهما في (ز): (مملوكها)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.
والتفريع (الغرب): **2/ 40** و(العلمية): **1/ 380** و**381**.

(3) كلمتا (قال إن) يقابلهما في (ز): (قال ذلك؛ إن).

(4) في (ز): (صاحبه).

(5) قوله: (لأجل تعارض الحقوق؛ لأنه لما... تعارض الحقوق) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 538**.

(6) قوله: (وقد أجمع المسلمون... عبدها) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 364**.

[في الزوج يطلع على عيب بامرأته، فيختار ردها]

(ومن تزوج امرأةً، ثم ظهر على عيبٍ بها[1] يوجب ردَّها قبل الدخول بها، فطلقها واختار ردَّها[2]؛ فلا شيء عليه من صداقها، وإن لم يعلم بعيبها حتى دخل بها ووطئها، ثم اختار ردَّها[3]؛ رجع بصداقها على وليِّها إذا كان الولي عالمًا بعيبها، وإن لم يكن عالمًا[4] بعيبها؛ رجع على المرأة نفسها بالصداق، وترك لها منه قَدْر[5] ما يستحل به فرجها، وهو ربع دينار، أو ثلاثة دراهم)[6].

[ز: 525/ أ] اعلم أن من تزوَّج امرأةً، ثم ظهر على عيب بها يوجب ردَّها؛ فله ردها، فإن كان ذلك قبل الدخول بها[7]؛ فلا شيء لها[8] عليه من صداقها.

قال الأبهري: لأنه دخل على السلامة، ولم يدخل على العيب؛ فليس عليه المهر.

وقوله في الكتاب: (فطلَّقها واختار ردَّها) كلامٌ فيه تجوُّز؛ لأنه إذا طلَّقها[9] فقد اختار الرد، وكيف يختار الرد بعد الطلاق؟!

وإنما أراد - والله أعلم - فاختار ردها وطلقها؛ لأنه نكاح صحيح، فلا بدَّ فيه إذا اختار الرد من الطلاق[10].

(فإن لم يعلم بعيبها حتى دخل بها ووطئها، ثم اختار ردها؛ فإن كان الولي عالمًا بعيبها؛ رجع عليه بجميع الصداق[11]).

---

(1) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(2) عبارة (فطلقها واختار ردَّها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وهي في طبعتي التفريع.

(3) عبارة (ثم اختار ردَّها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في طبعتي التفريع.

(4) كلمتا (يكن عالمًا) يقابلهما في (ك): (يكن الولي عالمًا).

(5) كلمتا (منه قَدْر) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 40 و(العلمية): 1/ 381 و382.

(7) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) كلمة (لها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(9) في (ك): (طلَّق).

(10) قوله: (وقوله في الكتاب: فطلَّقها... من الطلاق) بنحوه في الذخيرة، للقرافي: 4/ 426.

(11) في (ك): (صداقها).

قال الأبهري: لأنه هو الغار[1] دون المرأة؛ إذ هو[2] المتولي للعقد، والزوج إنما عقد على سلامة المنكوحة.

(وإن كان الولي غير عالم بعيبها؛ رجع على المرأة نفسها بالصداق، وترك لها قَدْر ما يستحل به فرجها)؛ لئلا يخلو البضع عن عوض[3]. [ك: **97**/ أ]

قال الأبهري: وإنما قلنا: إنه[4] يرجع به على المرأة إذا كانت هي الغارَّة؛ لأنها أخذت ماله على غير الوجه الذي بذله؛ فله أن يرجع عليها بعد أن يترك لها ربع دينار؛ لأنَّ ذلك حقٌّ لله ﷻ لا يجوز تركه، وما زاد على ذلك؛ فحقٌّ للمرأة، لا تستحقه إلَّا بسلامة ما دخل عليه الزوج.

وقال اللخمي: وأما المرأة في العيوب؛ فهي[5] على ثلاثة أقسام:

قسم يحمل فيه جميعهم على العلم.

وقسم يحمل فيه جميعهم على الجهل.

وقسم يحمل فيه البعض على العلم[6] دون البعض، وهو الأب في ابنته، والأخ في أخته.

فأما **الأول** فهو الجنون والجذام، فهذان[7] العيبان لا يخفيان على أحدٍ من الأقارب[8].

والثاني البرص، فإن كان في الوجه والذراعين والساقين؛ كان كالأول؛ لأنَّ الحديث عنه من نساء الأقارب يكثر، وإن كان مما يواريه الثياب؛ كان محمل الأب والأخ[9] فيه

(1) في (ز): (الغادر).

(2) كلمتا (إذ هو) يقابلهما في (ز): (وهو).

(3) قوله: (لئلا يخلو البضع عن عوض) بنصِّه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): **4/ 479**.

(4) كلمة (إنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) كلمة (فهي) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) الجار والمجرور (على العلم) ساقطان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(7) في (ز) و(ك): (فهؤلاء)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(8) في (ك): (القرابة).

(9) كلمتا (الأب والأخ) يقابلهما في (ك): (الأخ والأب) بتقديم وتأخير.

على العلم دون الأقارب.

والثالث عيب الفرْج، فإن كان مما[1] لا يخفى على الأم في تربيتها، وكان الأب ممن يطلع عليه ويخبر به[2]؛ كان محمل الأب فيه على العلم، وإن كان مما يخفى على الأم، ولا يتميز إلَّا عند حاجة الرجل إليها؛ حمل الأب فيه[3] على الجهل، ورجع عليها دونه.

وأما الأخ؛ فيبعد أن يحمل على المعرفة بعيب الفرج، أو يُتحدث معه بمثل ذلك[4].

واختُلف إذا كان الولي عديمًا هل يرجع عليها؟

فمنع من[5] ذلك مالك.

وقال ابن حبيب: يرجع على المرأة به[6].

[رجوع الولي الغار بالصداق على المرأة]

(وإذا غرم الولي الصداق؛ لم يرجع به على المرأة)[7].

وإنما قال ذلك؛ لأن الوليَّ هو الغارُّ إذا لم يبيِّن ذلك للزوج[8].

قال الأبهري: وكأنَّ الولي [ز: 525/ ب] وهبه لها وأبرأها منه؛ فليس له أن يأخذ منها شيئًا، ويرجع الزوج عليه؛ لأنه هو الغارُّ بالعيب، كما يرجع المشتري على البائع إذا غرَّ بعيب ودلَّس به.

---

(1) في (ز): (ممن).

(2) كلمتا (ويخبر به) يقابلهما في (ز): (ويخبره)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(3) كلمة (فيه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1897 و1898.

(5) حرف الجر (من) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(6) كلمة (به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

قوله: (واختُلف إذا كان الولي عديمًا... به) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 528.

(7) التفريع (الغرب): 2/ 40 و(العلمية): 1/ 382.

(8) قوله: (لأن الوليَّ هو الغارُّ إذا لم يبيِّن ذلك للزوج) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 514.

وليس على المرأة أن تُخبر بعيبها؛ لأن لها وليًّا[1] تعتقد أنه يخبر بذلك[2]، فلما لم يخبر كان هو الغار، ولا يرجع به على الزوجة.

(ولا يترك الزوج للولي شيئًا إذا رجع عليه بالصداق.
وإن رجع على المرأة به[3]؛ تَرَكَ لها ما يستحل به فرجها)[4].

وإنما فرَّق بينهما من أجل أنه لو رجع على المرأة بجميع الصداق؛ لأدَّى ذلك[5] إلى أن يستبيح فرجها[6] بغير عِوض، وإذا رجع على الولي؛ لم يعر البضع من[7] عوض؛ لأن الولي لا يرجع به على المرأة.

[فيمن نكح على عبدٍ بعينه، فظهر حرًّا]

[ك: 97/ ب] (وإن نكحها على عبدٍ بعينه وكان حرًّا؛ فعليه قيمته عند ابن القاسم لو كان عبدًا، وعليه صداق مثلها عند عبد الملك)[8].

اختُلِفَ فيمن نكح على عبدٍ بعينه، فخرج حرًّا؟

فقال مالك وابن القاسم: ترجع عليه بقيمته، سواء كان أكثر من صداق المثل أو أقل.

زاد في "العتبية": ولا يفسخ النكاح تعمَّد[9] أو لم يتعمَّد[10].

---

(1) في (ز): (وليها).
(2) قوله: (وليس على المرأة... بذلك) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 528.
(3) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).
(4) التفريع (الغرب): 2/ 40 و(العلمية): 1/ 382.
(5) اسم الإشارة (ذلك) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).
(6) في (ز): (بضعها).
(7) في (ك): (عن).
(8) التفريع (الغرب): 2/ 40 و(العلمية): 1/ 382.
(9) في (ز): (تعمَّدا)، وما رجحناه موافق لما في بيان ابن رشد.
(10) في (ز): (يتعمَّدا)، وما رجحناه موافق لما في البيان والتحصيل لابن رشد: 4/ 444.

وقال ابن الماجشون: يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده، ويكون لها صداق مثلها[1] كالبيع.

وقال أصبغ: إن علِمَا بحريته؛ فسخ النكاح قبل البناء وثبت بعده، وكان لها صداق المثل، وإن لم يعلما جميعًا؛ لم يفسخ[2].

قال اللخمي: ولو قيل: إن لها الأقل من قيمته أو صداق المثل؛ لكان وجهًا، فإن كانت القيمة أقل؛ لم يكن لها غيرها؛ لأنها رضيَت بأقل من صداق مثلها، وإن كانت القيمة أكثر؛ لزمه صداق مثلها إلَّا أن يعلم أنها لو تزوَّجت بدنانير أو دراهم لم ترض إلَّا بما يكون مبلغه مثل قيمة العبد[3].

[فيمن نكح على جِرار خلٍّ، فكانت خمرًا]

(وإن نكحها على جِرَار خلٍّ، فكانت خمرًا؛ فعليه مثل الخل كيلًا)[4].

اعلم أنَّ من تزوَّج امرأةً على قلالِ خلٍّ فأصابتها خمرًا؛ فإنها تردُّه، وترجع عليه[5] بمثله، قاله[6] ابن القاسم[7].

وقال سحنون: أرى أن يكون لها قيمة القلال الخل؛ لأنه من باب الجزاف[8].

قال اللخمي: والأول أحسَن؛ لأنهما لم يدخلا على فساد، فهو كالاستحقاق، فترجع بمثل الخل الذي وصف الزوج أنه في تلك القلال يُكال، وترجع بمثله، وبمثل

---

(1) في (ك): (المثل).

(2) قوله: (وقال ابن الماجشون: يفسخ قبل البناء... لم يفسخ) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 474 و475.

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1923.

(4) جملة (أصل: وإن نكحها على... الخل كيلًا) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).
التفريع (الغرب): 2/ 40 و41 و(العلمية): 1/ 382.

(5) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) في (ز): (قال).

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 4 و5.

(8) قول سحنون بنحوه في النكت والفروق، لعبد الحق: 1/ 224.

القلال[1].

قال ابن يونس: وذكر عن أبي عمران قال: نحى سحنون في هذه المسألة إلى ما ذكر ابن المواز فيمن ابتاع صبرة طعام جزافًا، ثم علم بعد ذلك كيلها، ثم استحق ما في يد البائع: إنه يرجع بقيمة الصبرة لا بمثلها، ولو عرف كيلها.

قال أبو عمران: والصواب أن يرجع في القلال بمثلها إذا كانت موجودة، وكذلك في الصبرة.

قال ابن يونس: يريد: ويراق ما في القلال وتُغسل جدًّا، وتملأ ماء، ثم يكال بعد ذلك الماء، فتعطى مثل كيله خلًّا.

وإن كانت للنصراني مكاييل مثل مكايلنا؛ اكتيل ذلك الخمر بها، وأعطي مثله خلًّا بمكايلنا؛ لأن تلك القلال نجسة، فلا يكال بها، وتكسر بعد ذلك؛ لأنها لمسلم.

وقال غيره: وإنما لم يكن لها مقدار القلال على قول سحنون؛ لأن من نكح بشيء بعينه كصبرة بعينها، فاستحقت؛ فعليه قيمتها[2].

[فيمن نكح على غرر]

(وإن نكحها على غررٍ؛ فسخ النكاح قبل الدخول استحبابًا.
وإن دخل بها؛ ثبت نكاحها، وكان [ك: 96/ أ] لها صداق مثلها)[3].

اختُلف فيمن تزوَّج على غررٍ هل يفسخ نكاحه وجوبًا؟ أو استحبابًا؟

فمن أصحابنا مَن حمل الفسخ على الوجوب، ومنهم من حمله على الاستحباب.

واختلفت عبارات أصحابنا في معنى الفسخ قبل الدخول وصحَّة النكاح بعد الدخول، فقال بعضهم: ليس ذلك على معنى أن العقد وقع [ز: 526/ أ] فاسدًا، ثم صحَّ

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1922.

(2) جملة (وذكر عن أبي عمران، قال: نحا سحنون في هذه... كصبرة بعينها، فاستحقت؛ فعليه قيمتها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك) وهي في الجامع لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 309.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 41 و(العلمية): 1/ 382 و383.

بالدخول، أو أن[1] بالدخول جاز الاستقرار على عقد فاسد على ما يعتَرِض به علينا المخالفون.

وإنما مراد مَن قال ذلك من أصحابنا: إن وجوب الفسخ على طريق العقوبة لهم، والزجر عمَّا فَعَلاه؛ لئلا يعودا إلى مثله، فلا معنى لقول من قال: إنه[2] ليس في هذا ردعٌ ولا عقوبة؛ لأنهما إذا فسخ نكاحهما عقداه في الحال[3]؛ لأنَّ فائدة الزجر أن ذلك الفسخ يُعَدُّ طلاقًا، فإذا نكحها بعد ذلك؛ كانت عنده على تطليقتين، وهذه فائدة صحيحة.

ومن أصحابنا من قال: لمَّا حققنا النظر علمنا أن ذلك استحبابًا من مالك، واحتياطًا؛ ليقع العقد ثابتًا صحيحًا بالإجماع.

فأما إن وقع الدخول؛ لم يفسخ؛ لأن العقد قد فات بالوطء، ووجب [فيه][4] صداق صحيح، وإنما الفسخ مع تعذُّر وجوب الصداق، فإذا استقرَّ؛ فلا معنى للفسخ؛ لزوال الصداق الذي كان الفساد من أجله[5].

[فيمن نكح على خمر أو خنزير]

(وإن نكحها على خمر أو خنزير؛ فسخ النكاح قبل الدخول، ولم يكن لها شيء.
وإن دخل بها؛ فقد اختلف قوله فيها، فقال مرةً: يفسخ نكاحها، ويكون لها صداق مثلها.
وقال مرة: يثبت نكاحها، ويكون لها صداق مثلها)[6].

اختُلف فيمن تزوَّج بخمرٍ أو خنزير على ثلاثة أقوال، فقال مالك[7] مرة: يمضي بنفس العقد، ولها صداق المثل إن دخل، وإن طلَّق قبل الدخول؛ لم يكن لها شيء

(1) كلمتا (أو أن) يقابلهما في (ك): (وأن)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.
(2) كلمة (إنه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).
(3) في (ز): (الحلال)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.
(4) كلمة (فيه) زائدة من جامع ابن يونس.
(5) من قوله: (واختلفت عبارات أصحابنا في معنى الفسخ) إلى قوله: (الصداق الذي كان الفساد من أجله) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 213 و214.
(6) التفريع (الغرب): 2/ 41 و(العلمية): 1/ 383.
(7) كلمة (مالك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

كالتفويض.

وقال مرة: يفسخ قبل البناء ويثبت بعده[1].

قال الأبهري: وإنما يُفسخ قبل البناء؛ ردعًا لهما عمَّا فعلاه، ولا يُفسخ بعد الدخول؛ لاستقرار وجوب الصداق الصحيح، وهو مهرُ المثل، والله أعلم.

وقال مرة: يفسخ قبل وبعد[2].

قال الأبهري: وهذا القول أوكد وأصح منه في الغرر؛ لأنَّ الغرر مثل العبد الآبق، والبعير الشارد، والثمرة التي لم يبد صلاحها، وقد يصح أن يملكه مسلم ويملكه غيره بهبة أو صدقة، وليس يصح ملك المسلم للخمر والخنزير ولا تمليكه لغيره؛ [ك: 96/ ب] فوجب أن يكون فسخ النكاح في الخمر والخنزير بعد الدخول أوْلَى.

والأشهر من قول مالك (أن النكاح يُفسخ قبل الدخول ويثبت بعده) وقد تقدَّم الكلام في الصداق الفاسد، فأغنى عن إعادته[3].

[تلف الصداق قبل الدخول]

(فلو تزوجها على شيءٍ بعينه، فتلف في يده أو في[4] يدها، ثم طلَّقها قبل الدخول بها؛ فلا شيءَ عليها[5] إذا كان تلفُه من غير صنعتها.

وإن كان من صنعها[6]؛ ضمنت له نصفه، وإن نما في يدها أو نقصَ، ثم طلقها قبل الدخول بها؛ فالنماءُ بينهما والنقصان عليهما)[7].

---

(1) قوله: (اختُلف فيمن تزوَّج بخمرٍ... بعده) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1914.

(2) قوله: (وقال مرة: يفسخ قبل وبعد) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1914.

(3) جملة (وقال مرة: يفسخ قبل وبعد.... إعادته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).
وانظر النص المحقق: 6/324.

(4) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(5) في (ك): (عليه)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) كلمتا (من صنعها) يقابلهما في (ز): (بصنعها).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 41 و(العلمية): 1/ 383.

اعلم أن الزوجة في ضمان الصداق إذا طلقت(1) قبل البناء(2) على ثلاثة أقسام:

فإن كان عينًا؛ ضمِنَتْه مع عدم البيِّنة.

واختُلِفَ إذا علم ضياعه، فقال ابن المواز: لا شيءَ عليها(3).

وقال الأبهري: لأن تلفه منها(4)، وقد قال ﷻ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 237]، وإذا تلف ما فرض من غير فِعل المرأة؛ لم يتبعها بشيء.

وقال أصبغ(5): لا يسقط الضمان عنها؛ لأنها لو تجرت فيه وأصابت مثله؛ لم يكن للزوج فيه شيء.

وإن كان الصداق عرضًا؛ لم تصدَّق في ضياعه إن كان مما يُغَاب عليه.

وإن كان مما لا يُغاب عليه كعبد أو دابَّة؛ صُدِّقت إن ادَّعت تلف ذلك، وإن ادَّعت الموت؛ لم تصدَّق، وإن كانت في حضرٍ [ز: 526/ ب] أو في سفر بين(6) جماعة(7).

وإنْ نما في يدها بولادة أو غيرها، أو نقص في بدنه، أو حال سوقه ثم طلقها قبل البناء بها؛ كان للزوج نصف ما أدرك من هذه الأشياء يوم طلَّق على ما هي عليه من نقص أو نماء؛ لأنه في ذلك شريكًا لها(8)، ولا مقال للزوج في النقص، ولا للزوجة في

---

(1) في (ز): (طلَّق).

(2) في (ك): (الدخول).

(3) في (ك): (عليهما)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

قوله: (الزوجة في ضمان الصداق إذا طلقت... شيءَ عليها) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1968.

(4) في (ك): (منهما).

(5) في (ز) و(ك): (أشهب)، وما أثبتناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(6) في (ز): (من).

(7) قوله: (وقال أصبغ: لا يسقط الضمان... بين جماعة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1968.

وهنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والذي يقدَّر بنحو نصف لوحة.

(8) قوله: (وإنْ نما في يدها... شريكًا لها) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 10 و11.

الزيادة[1].

قال الأبهري: لأن المرأة لا يستقر ملكها على الصداق كله إلَّا بدخول الزوج بها، بدلالة أنها لو ارتدَّت أو عتقت، ثم اختارت نفسها قبل الدخول أن الزوج يرجع عليها في ذلك كله بالصداق، ولو كان دخل بها، ثم ارتدَّت أو اختارت نفسها بعد الدخول؛ لم يرجع الزوج عليها بشيءٍ من الصداق، فعلم بهذا أن ملكها قد استقر على الصداق بالدخول، وأنه لم يستقر قبل الدخول بها؛ لأنه يبطل ملكها عنه ويأخذه الزوج منها.

وإذا كان كذلك؛ علم بهذا أن ملك الزوج لم يزل عن الصداق بعقد النكاح دون الدخول بالزوجة، وأنهما في الظاهر شريكان في الصداق، فما كان من نماء؛ فهو بينهما، وما كان من نقصان؛ فهو عليهما [ك: **95**/ أ] إن طلقها قبل الدخول بها.

وهذا إذا كان النقص بأمرٍ من الله، وإن كان بسبب من الزوجة؛ ضمنت نصفه.

وإن كان النقص بجناية من أجنبي؛ اتبعاه بالجناية، وكانت بينهما.

واختلف في غلَّات ما تزوجها به من حيوان أو شجر أو غير ذلك، فقال مالك وابن القاسم: الغلَّات بينهما.

وقال عبد الملك: الغلَّات للزوجة.

فوجه قول مالك وابن القاسم قوله ﷺ: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»[2]، فلمَّا كان الضمان منهما؛ كانت الغلة بينهما.

ووجه قول عبد الملك هو أن الملك لها، ولو هلكت هذه الأشياء قبل البناء؛ كان للزوج أن يدخل بها من غير أن يجدد لها مهرًا، وإذا صحَّ أن يكون الملك لها؛ وجب أن تكون الغلة لها.

---

(1) قوله: (ولا مقال للزوج في النقص ولا للزوجة في الزيادة) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1964**.

(2) حسن، رواه أبو داود: **3/ 284**، في باب فيمن اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا، من أبواب الإجارة، برقم (**3508**).

والترمذي: **3/ 573**، في باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا، من أبواب البيوع، برقم (**1285**) كلاهما عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

فعلى القول الأول ترجع بما أنفقت على الثمرة، ولا ترجع بما أنفقت على العبد.

وعلى قول ابن الماجشون لا ترجع بالنفقة؛ لأنها لا ترد الغلة[1].

[المرأة تشتري بمال الصداق شيئًا لمصلحة الزواج أو لغيره، ثم تطلق قبل الدخول]

(وإن تزوَّجها على صداق، فاشترتْ به شيئًا من مصلحتها ومصلحة[2] زوجها مما يجبُ عليها إصلاحه في نكاحها، ثم طلَّقها قبل الدخول بها[3]؛ فلها[4] نصف ما اشترته، وليس عليها أن تغرم له نصف صداقها، فإن[5] اشترت به شيئًا تختص هي بمنفعته؛ فعليها أن تغرم له نصف صداقها)[6].

وإنما قال ذلك؛ لأن العُرف شراء الجهاز بالصداق، وقد دخل الزوج على ذلك وصارتْ كأنها فعلتْ ذلك بأمره، ولأنه ﷺ أخذ صداق فاطمة فصرفه في جهازها[7].

وقد حكم بذلك علي بن أبي طالب في قصةٍ وقعت؛ فقضى على الأب بتجهيز ابنته بالصداق، وقال للزوج لما طلَّق وطلب نصف ما دفعه، وقال: أُعطي دراهم وآخذ صوفًا وخرقًا، قال[8]: "أنتَ أضعتَ مالك"، ولم يُخالفه أحد[9].

---

(1) ههنا انتهى السقط المشار إليه آنفًا من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والمقدَّر بنحو نصف لوحة.
و من قوله: (وهذا إذا كان النقص بأمر من الله) إلى قوله: (لا ترجع بالنفقة؛ لأنها لا ترد الغلة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1964 وما بعدها.

(2) كلمة (ومصلحة) يقابلها في (ز): (أو مصلحة)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) في (ز): (فله).

(5) كلمتا (صداقها فإن) يقابلهما في (ز): (صداقها عينًا، فإن)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 41 و(العلمية): 1/ 383 و384.

(7) لعله يشير للحديث الضعيف الذي رواه النسائي: 6/ 135، في باب جهاز الرجل ابنته، من كتاب النكاح، برقم (3384) عن علي ﵁، أنه قال: «جَهَّزَ رَسُولُ اللهِ ﷺ فَاطِمَةَ فِي خَمِيلٍ وَقِرْبَةٍ وَوِسَادَةٍ حَشْوُهَا إِذْخِرٌ».

(8) كلمة (قال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) قوله: (وإنما قال ذلك؛ لأن العُرف شراء الجهاز... يُخالفه أحد) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: =

قال الأبهري: ولأن العُرف أصلٌ يُرجع إليه عند التنازع، إذا لم يكن هناك أصلٌ يمنع منه؛ ألا ترى أنَّا نرجع الى عُرف الناس في النقد في البلد، وكذلك المحامل والتعاليق إذا اختلف فيها المكتري والمكري[1].

وإذا ثبت هذا؛ فعلى المرأة أن تتجهَّز للزوج من الصداق على ما جرت به العادة في بلدهم، ومضى عرفهم عليه، وإذا كان كذلك، فكأنها اشترت ذلك بأمرِ الزوج، فله نصفه إذا طلقها قبل الدخول، وليس لها أن تغرم له عينًا؛ [ك: 95/ ب] لأنها تصرَّفت بأمره[2].

ولا فَرْق[3] بين أن يتصرف الإنسان في ملكه، وبين أن يتصرف فيه غيره بأمره؛ ألا ترى أن من استعار ثوبًا ليرهنه، فإنه يتصرف فيه بالرهن بإذن صاحبه كما يتصرف فيه صاحبه، وكذلك المرأة تتصرف في الصداق بالجهاز، ثم لا يكون عليها نصف قيمته عينًا، وهذا إذا كان عُرفهم التجهز بالصداق، فإن جرى عرفهم على غير ذلك؛ حُملوا على عرفهم كما يعمل في النقد وغيره.

فإن ادَّعت ضياعه؛ لم تصدَّق إلَّا أن يعلم ذلك، فإن ادَّعت تلفه وهي في العصمة؛ صدِّقت ولم يكن للزوج أن يكلفها غرمه؛ لتجهز به.

قال ابن الماجشون: لأنه مالها لا حقَّ له فيه، فإذا قالت: سرق، وحلفت؛ لم تضمن مالها، وإنما حلفها؛ للشبهة.

وفي "المستخرجة": عليها أن تتجهز بمثله إذا لم تُقِم بينة[4].

وإن اشترت به شيئًا تختص هي بمنفعته، ....

= 1/ 501 و502 والإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 722 و723.

(1) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه ولم يعزه إليه عبد الوهاب في معونته: 2/ 451 و452 والإشراف: 2/ 717.

وهنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والذي يقدَّر بنحو نصف لوحة.

(2) قوله: (فعلى المرأة أن... تصرفت بأمره) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 722.

(3) في (ك): (فضل) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(4) قوله: (فإن ادَّعت ضياعه؛ لم تصدَّق إلَّا أن... تقم بينة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1968 و1969.

فعليها أن تغرم له نصف صداقها[1].

قال الأبهري: لأنها تصرفت في الصداق لها دون زوجها، وهذا إذا كان ما اشترته من غير الزوج، فأما إذا كان من الزوج؛ فإنما له نصف ذلك، وهو بمنزلة ما لو أصدقها إياه.

قال ابن المواز: فإن كان فيه غبنٌ عليها؛ فهي وضيعة منها، وإن كان الغبن عليه؛ فهي زيادة منه[2].

يريد: وليس عليها أن تتجهز بمثل ذلك العين[3] إن لم يطلق[4].

[فيمن تزوج امرأة على عبدٍ ممن يعتق عليها]

(وإن تزوجها على عبدٍ ممن يعتق عليها[5]، ثم طلَّقها قبل الدخول بها؛ غرمت له نصف قيمته، ومضى عتقه[6] عليها، فإن كانت موسرة؛ أخذ ذلك منها، وإن كانت معسرة؛ اتبعها به دينًا في ذمتها.

وقال عبد الملك: لا شيء له عليها[7] إذا كان عالمًا بأنه يعتق عليها)[8].

اعلم أن من تزوَّج امرأة بعبدٍ ممن يعتق عليها لا يخلو من أربعة أوجه:

أحدها أن يكونا عالمين.

الثاني أن يكونا غير عالمين.

الثالث أن تكون الزوجة عالمة والزوج غير عالم.

الرابع أن يكون الزوج عالمـًا والزوجة غير عالمة.

---

(1) قوله: (وإن اشترت به شيئًا... صداقها) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 501**.

(2) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 484**.

(3) في (ك): (المعين) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وما أثبتناه في تبصرة اللخمي.

(4) ههنا انتهى السقط المشار إليه آنفًا من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والمقدَّر بنحو نصف لوحة.

وقوله: (يريد: وليس عليها... لم يطلق) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1969**.

(5) في (ك): (عليه)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) كلمتا (ومضى عتقه) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) كلمتا (له عليها) يقابلهما في (ز): (عليها له) بتقديم وتأخير.

(8) التفريع (الغرب): **2/ 41** و**42** و(العلمية): **1/ 384**.

فإن كانا عالمين ثم طلقها قبل البناء؛ رجع عليها بنصف قيمته موسرة كانت أو معسرة، وكان العبد حرًّا عليها بنفس العقد، ولا يتبع العبد بشيء، ولا يرد عتقه، كمعسر أعتق عبده[1] بعلم غريمه فلم ينكر عليه، والزوج حين أصدقها إياه قد علم أنه يعتق عليها؛ فلذلك لم أرده على العبد بشيء[2].

قال الأبهري[3]: وإنما قال مالك: إذا أصدقها من يعتق عليها؛ يجوز ذلك، ويعتق عليها؛ لأنها قد ملكته بعقد النكاح، فإذا طلَّقها قبل الدخول بها؛ تبعها بنصف قيمته؛ [ك: 94/ أ] لأنه قد تلف بالعتق، كما يتبعها بنصف الصداق إذا تلف في يدها.

وملكها[4] لأبيها وأخيها ومن يعتق عليها في عقد النكاح؛ كملكها لهم بالشراء، سواء في وجوب العتق عليها وسواء كانت موسرةً أو معسرة؛ لأنها إن كانت موسرة؛ فعتقها جائز، وإن كانت معسرةً؛ فقد أذن لها في ذلك[5]؛ [ز: 527/ أ] لأنه[6] لما أصدقها من يعتق عليها فقد دخل على ذلك ورضي به، فجاز عتقها[7]، وكان بمنزلة الغريم يجيز عتق الذي عليه الدَّين.

فلهذا المعنى قال مالك: (إن عتقها جائز موسرة كانت أو معسرة، وعليها نصف قيمته إن طلَّقها، يأخذه[8] منها إن كانت موسرة، وإن كانت معسرةً؛ اتبعها به دينًا في الذمَّة)[9]؛ ....

---

(1) كلمة (عبده) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) جملة (عليه، والزوج حين أصدقها... العبد بشيء) يقابلها في (ز): (وسكت، ثم أراد بعد ذلك رد العبد في الرِّق من أجل دينه)، وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

وقوله: (طلقها قبل البناء؛ رجع... العبد بشيء) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 13.

(3) في (ك): (ابن القاسم).

(4) كلمة (وملكها) يقابلها في (ز): (أو ملكها).

(5) قوله: (وسواء كانت موسرةً أو معسرة... في ذلك) بنصِّه في المنتقى، للباجي: 5/ 54.

(6) في (ز): (لأنها).

(7) كلمتا (فجاز عتقها) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(8) في (ز): (يأخذ).

(9) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 228.

لأنه[1] على ذلك دخل، وهذه رواية ابن القاسم وابن عبد الحكم.

قال ابن القاسم: وقد بلغني عن مالك أنه استحسن ألَّا يرجع الزوج على المرأة بشيء، وقوله الأول أحب إليَّ[2].

ووجه ما استحسنه مالك هو أنه لمَّا أعطاها العبد وهو يعلم أنه لا يثبت ملكها عليه، فكأنه أعطاها إياه على أن لا يرجع عليها بشيء، وهو قول عبد الملك[3].

قال الأبهري: ورواية ابن القاسم أصح، والله أعلم.

وإن كانا غير عالمين بأنه يعتق عليها، ولا أنه[4] من قرابتها؛ عتق عليها على كل حال، سواء علمت بذلك أو لم تعلم، ويرجع عليها بنصف قيمته يوم أصدقها إياه.

وينبغي أن يفرق بين أن تكون موسرة أو معسرة، فإن كانت موسرة؛ أخذ منها نصف قيمته، وإن كانت[5] معسرةً؛ لم يلزمه اتباع ذمة معسرة؛ لأنه لم يسلِّطها على عتقه؛ إذ لم يعلم بذلك، وإذا كان كذلك؛ فينبغي أن يبطل العتق في نصيبه إذا كانت معسرة، وتكون له رقًّا.

فإن كانت الزوجة عالمة[6]، والزوج غير عالم؛ عتق عليها، ويرجع عليها[7] الزوج إن[8] كانت موسرةً، وإن كانت معسرة؛ جرتْ على حكم المسألة التي قبلها.

وإن كان الزوج عالمًا، والزوجة غير عالمة؛ عتق عليها.

قال ابن يونس: ويغرم لها قيمته، ونظرها بمسألة المقارض يشتري أبا رب المال عالمًا بذلك.

---

(1) في (ك): (لأنها).

(2) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 13.

(3) قوله: (أنه لما أعطاها... عبد الملك) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 334.

(4) كلمتا (ولا أنه) يقابلهما في (ز): (ولأنه).

(5) جملة (موسرة؛ أخذ منها نصف قيمته، وإن كانت) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) كلمتا (الزوجة عالمة) يقابلهما في (ك): (الزوجة غير عالمة).

(7) كلمتا (ويرجع عليها) يقابلهما في (ك): (ورجع عليه).

(8) في (ك): (وإن).

قال: فإن طلَّق قبل البناء؛ فعليه نصف قيمته(1).

[فيمن أصدق امرأته عبدًا ممَّن لا يعتق عليها، فأعتقته، ثم طلقها قبل الدخول]

(وإن أصدقها عبدًا ممن لا يعتق عليها، فأعتقته، ثم طلقها قبل الدخول بها(2)؛ غرمت له نصف قيمته، ومضى عتقه عليها)(3).

[ك: 94/ ب]

اعلم أن من تزوَّج امرأةً بعبد بعينه وسلَّمه إليها فأعتقته، ثم طلقها قبل الدخول بها(4)؛ غرمت له نصف قيمته ومضى عتقه عليها.

واختلف متى يقوَّم هل يوم العتق؟ أو يوم القبض؟

فقال مالك: يوم العتق(5).

وقال ابن الماجشون: يوم القبض(6).

قال ابن القاسم: ولا يرد العتق موسرة كانت أو معسرة؛ لأنها إن كانت موسرة يوم العتق؛ فقد مضى فعلها، ولا كلام للزوج، وإن كانت معسرة يوم العتق؛ فقد(7) علم الزوج، فتركه ذلك رضًا، ولو قام حينئذٍ رده إن شاء إن زاد على ثلثها، ولم يعتق منه شيء(8).

---

(1) جملة (قال ابن يونس: ويغرم لها قيمته... نصف قيمته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك) وما أثبتناه في جامع ابن يونس.

الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 334.

(2) كلمتا (الدخول بها) يقابلهما في (ز): (البناء)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 42 و(العلمية): 1/ 384.

(4) كلمتا (الدخول بها) يقابلهما في (ز): (البناء).

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 11 والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 493.

(6) قول ابن الماجشون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 493.

(7) جملة (مضى فعلها، ولا كلام... العتق؛ فقد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 11 و12.

وقال اللخمي: إن كانت معسرة من يوم العتق إلى يوم الطلاق؛ كان له رَدّ عتقها.

قال: وهذا على القول بأن النصف مترقب.

وأما على القول بأن العقد يوجب جميعه؛ فلا رد له؛ لأن مقاله كان في الرد قبل الطلاق؛ لحقِّه[1] في مال الزوجة، فزال ذلك بالطلاق، وصار مقاله الآن من أجل الدَّين، وهو طارئٌ بعد الطلاق[2].

[في المرأة تضع شيئًا من صداقها على ألاَّ يتزوج زوجها عليها]

(ومن تزوَّج امرأةً على صداق، ثم وضعت عنه[3] بعضه على ألَّا يتزوج عليها، فتزوَّج عليها؛ رجعت عليه[4] بما وضعته[5] عنه [ز: 527/ ب] من صداقها.

وإن شرطت عليه عند عقد النكاح ألَّا يتزوج عليها، وحطَّت عنه؛ لأجل ذلك[6] شيئًا من صداقها، ثم تزوَّج عليها؛ فلا شيء لها عليه[7] مما حطته عنه[8] في رواية ابن القاسم.

وقال ابن عبد الحكم[9]: إن كان ما بقي من صداقها هو صداق مثلها أو أكثر منه؛ لم ترجع عليه بشيء، وإن كانت وضعت عنه شيئًا من صداق مثلها وتزوَّج عليها؛ رجعت عليه بتمام صداق مثلها)[10].

---

(1) في (ز): (فحقه).

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1965.

(3) في (ك): (منه).

(4) في (ز): (عنه).

(5) في (ز): (وضعت).

(6) كلمتا (لأجل ذلك) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(7) كلمتا (لها عليه) يقابلهما في (ك): (عليه لها) بتقديم وتأخير.

(8) عبارة (مما حطته عنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في طبعتي التفريع.

(9) كلمتا (ابن عبد الحكم) يقابلهما في (ك): (عبد الملك)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(10) التفريع (الغرب): 2/ 42 و(العلمية): 1/ 384.

والأصل في ذلك ما خرَّجه مسلم عن عقبة بن عامر أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوَفَّى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ**»[1].

إذا ثبت هذا؛ فمَنْ تزوَّج امرأةً بصداق، ثم وضعتْ عنه بعضَه على أن لا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من بلدها، ثم فعل شيئًا من ذلك؛ كان[2] لها عليه الرجوع بما حطَّت[3] عنه من صداقها[4].

قال الأبهري: لأنها إنما وضعت شيئًا قد وجب لها[5] على عوض يصير إليها منه منفعة[6]، فمتى منعها من ذلك؛ لم يستحق[7] ما قد[8] وضعته عنه، كما لا يستحق المؤاجر الأجرة[9] متى منع المستأجر أن ينتفع بما استأجره [ك: 93/ أ].

وكذلك لا يستحق البائع الثمن متى منع المشتري من تسلم[10] ما باعه.

واختُلف إذا شرطت ذلك في أصل العقد، وحطَّت عنه لذلك شيئًا من صداقها، ثم فعل شيئًا مما شرطت عليه هل ترجع عليه بشيء؟ أم لا؟

فقال مالك: لا ترجع بشيءٍ، ويبطل الشرط؛ إلَّا أن يكون فيه عتق أو طلاق[11].

---

(1) متفق على صحته، رواه البخاري: 7/ 20، في باب الشروط في النكاح، من كتاب النكاح، برقم (5151).

ومسلم: 2/ 1035، في باب الوفاء بالشروط في النكاح، من كتاب النكاح، برقم (1418) كلاهما عن عقبة بن عامر رضي الله عنه.

(2) كلمتا (ذلك كان) يقابلهما في (ز): (ذلك عليه؛ كان).

(3) في (ك): (حطته).

(4) قوله: (فمن تزوَّج امرأةً بصداق... من صداقها) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 198 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 435 و436.

(5) في (ز): (عليها).

(6) كلمتا (منه منفعة) يقابلهما في (ز): (منفعته).

(7) كلمتا (لم يستحق) يقابلهما في (ك): (استحق).

(8) كلمة (قد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) في (ز): (الإجارة).

(10) في (ك): (تسليم).

(11) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 198 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 435.

وقال علي بن زياد وابن نافع وابن عبد الحكم: إن حطته من صداق مثلها لما شرطت عليه؛ لزمه ما حطته[1] عنه إن فعل شيئًا من ذلك، وإن كانت الحطيطة مما ناف على صداق مثلها[2]؛ لم يلزمه[3].

قال الأبهري: فوجه القول الأول هو أن الصداق إنما يجب لها بالتسمية، أو الدخول بعد عقد النكاح، فأما قبل ذلك؛ فلا، فليست ترجع عليه؛ لأنها لم يجب لها مهر تركته[4] من أجل ما شرطت عليه.

ووجه القول الثاني هو أن المرأة[5] تقول: أنا إنما رضيتُ بأقل من صداق مثلي للشرط[6] الذي شرطته[7] عليه، ولولاه لم أرضَ منه بأقل من ذلك، فإذا لم يوفِ بالشرط رجعتُ إلى الأصل الذي كان لي وأخذته منه؛ لأنه قد غرَّني، واستحلَّ مني بضعي بما لم أرْضَه من[8] الصداق إلَّا على شرط، فإذا لم يوفِ لي[9] بذلك أخذته بدل[10] بضعي، وهو صداق المثل.

قال الأبهري: وهذا أقيَس، فأمَّا إن كان الذي حطته زائد على صداق المثل؛ فلا حجة لها؛ لأنها لم تضع شيئًا في مقابلة [ز: 528/ أ] الشرط، ويكره أن يعقد النكاح على هذا؛ لأن فيه ضربًا من التحجير على الزوج، فإن نزل؛ جاز النكاح.

---

(1) في (ز): (حطت).

(2) في (ك): (المثل).

(3) قوله: (إن حطته من صداق مثلها... يلزمه) بنصِّه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 6.

(4) كلمة (تركته) يقابلها في (ز): (تركت له).

(5) كلمتا (أن المرأة) يقابلهما في (ز): (أن المراد المرأة).

(6) في (ك): (للشيء).

(7) في (ك): (شرطت).

(8) كلمتا (أرْضَه من) يقابلهما في (ك): (أرض منه).

(9) في (ز): (بالشرط).

(10) في (ز): (ببدل).

[اختلاف الزوجين على الصداق]

(ومن تزوَّج امرأة ثم اختلفا في الصداق قبل الدخول؛ تحالفا وتفاسخا، كان اختلافهما في عينه أو في قدره، وبُدأت المرأة باليمين، فإن حلفت ونكل زوجها؛ لزمه ما ادَّعته من صداقها، وإن نكلت وحلف زوجها؛ كان لها ما أقرَّ به من صداقها، فإن حلفا جميعًا؛ فسخ النكاح ولا شيء لها.

وإن اختلفا في ذلك بعد الدخول؛ ثبت[1] النكاح، وكان لها صداق مثلها[2]، وهذا إذا اختلفا[3] في عين الصداق، مثل أن تقول المرأة: (تزوجتني على عبدك ميمون) ويقول الرجل: (تزوجتك على عبدي مبارك).

فأما إذا اختلفا في قدر الصداق، فقال الرجل: (تزوجتك على ألف) وتقول المرأة: (بل[4] تزوجتني على ألفين) [ك: 93/ ب] وقد دخل بها ومكَّنته[5] من نفسها؛ فالقول قوله فيما أقرَّ به من الصداق مع يمينه.

وإن تصادقا على الصداق، ثم اختلفا[6] في قبضه قبل الدخول؛ فالقول قول المرأة مع يمينها، وإن اختلفا في ذلك بعد الدخول؛ فالقول قول الرجل مع يمينه.

قال القاضي إسماعيل بن إسحاق وغيره من شيوخنا: إنما قال مالك هذا بالمدينة؛ لأن عادتهم جرت بدفع الصداق قبل الدخول، فأما في[7] سائر الأمصار؛ فالقول قول المرأة مع يمينها قبل الدخول وبعده؛ لأن الرجل قد أقر بالصداق وادَّعى البراءة منه، والمرأة[8] مدعى عليها ذلك[9]؛ فالقول قولها مع يمينها)[10].

---

(1) في طبعتي التفريع: (فسخ).

(2) في (ز): (المثل)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) في (ز): (حلفا).

(4) كلمة (بل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) في (ك): (وأمكنته).

(6) كلمتا (ثم اختلفا) يقابلهما في (ز): (واختلفا).

(7) حرف الجر (في) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) كلمتا (منه، والمرأة) يقابلهما في (ك): (منه فلا يقبل قوله والمرأة).

(9) كلمة (ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في طبعتي التفريع.

(10) التفريع (الغرب): 2/ 42 و43 و(العلمية): 1/ 384 وما بعدها.

والأصل في هذا الباب قوله ﷺ: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ، وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ، فَالْقَوْلُ مَا قَالَه الْبَائِعِ، أَوْ يَتَرَادَّانِ**»[1].

وقوله ﷺ[2]: «**الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[3].

إذا ثبت هذا، فاعلم أن اختلاف الزوجين في الصداق على خمسة أقسام: في قدره، وجنسه، وفي دفعه، وهل كان على تسمية أو تفويض، وفي صحته وفساده.

فإن اختلفا في قدره، وكان ذلك قبل الدخول؛ تحالفا وتفاسخا، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر؛ كان القول قول من حلف منهما وثبت النكاح.

واختلف من المُبدَّأ[4] باليمين، فقال مالك: تبدأ الزوجة؛ لأنها بائعة[5].

وفي "مختصر ما ليس في المختصر": إن الزوج مُبدَّأ.

وإن اختلفا في ذلك قبل البناء وبعد الطلاق؛ فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأنه مدعى عليه، فإن نكل؛ حلفت وأخذت ما تدعي، وإن اختلفا في ذلك بعد البناء؛ فالقول قول الزوج مع يمينه[6]؛ لأنها أمكنته من نفسها، ولأنه حينئذٍ غارم[7].

وإن اختلفا في جنسه، فقال الزوج: تزوجتك على عبدي مبارك، وقالت المرأة: بل تزوجتني على عبدك ميمون، فإن كان ذلك قبل البناء؛ تحالفا وتفاسخا.

---

(1) قوله: (والأصل في هذا... البائع ويترادَّان) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ **241**.

والحديث صحيح، رواه مالك في موطئه 4/ **969**، في باب بيع الخيار، من كتاب البيوع، برقم (**574**).

وابن ماجة: 2/ **737**، في باب البيعان يختلفان، من كتاب التجارات، برقم (**2186**).

والطبراني في الكبير: **10/ 174**، برقم (**10365**) جميعهم بألفاظ متقاربة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

(2) جملة (إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمةٌ... وقوله ﷺ) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) رواه الدارقطني في سننه: 4/ **114**، برقم (**3191**).

والبيهقي في سننه الكبرى: 8/ **213**، برقم (**16445**) كلاهما عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(4) كلمتا (من المبدأ) يقابلهما في (ز): (في المبتدئ).

(5) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ **241**.

(6) جملة (لأنه مدعى عليه، فإن نكل... مع يمينه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) قوله: (وإن اختلفا في ذلك قبل البناء وبعد الطلاق... حينئذٍ غارم) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ **17**.

وإن اختلفا في ذلك بعد البناء؛ تحالفا وثبت النكاح، وكان لها صداق مثلها.

وإن اختلفا في[1] دفعه، فقال الزوج: دفعت الصداق، وقالت الزوجة: لم أقبض شيئًا، فإن كان ذلك قبل الدخول؛ كان القول قول المرأة أو الولي مع [ز: **528**/ ب] مع أيمانهما؛ لقوة سببهما عليه.

وإن كان ذلك بعد البناء[2]؛ كان القول قول الزوج مع يمينه؛ لأنها أمكنته من نفسها، ولأنه حينئذٍ غارم، والقول قول الغارم[3].

قال الأبهري: وهذا بالمدينة؛ لأن عُرفهم قد جَرَى [ك: **92**/ أ] بتقدمة المهر قبل الدخول بالمرأة[4].

والعُرف الجاري بين الناس في بلدهم في معاملاتهم[5] أصلٌ يُرجع إليه، فمن خرج عنه؛ لم يُقبل منه؛ ألا ترى أن أحد المتداعيين إذا ادَّعى نقدًا في ثمن سلعة قد باعها لا يعرفه أهل ذلك البلد، أنه يرجع إلى عُرف الناس في البلد، فمتى خرج أحدٌ عن عُرف بلده؛ لم يقبل منه إذا ادَّعى غيره[6].

وكذلك الزوج إذا ذكر تقدمة الصداق، وكان ذلك عرف بلده؛ فالقول قوله مع يمينه؛ لأن المرأة تخرج بما تذكره عن عُرف الناس في بلدها، ولا يقبل منها ذلك، فإن كان بلدًا لم تجر عادتهم بتقدمة المهر قبل الدخول؛ كان القول قولها وعليه البينة على الدفع؛ لأنه ليس ههنا شيء يمنع قولها ويؤيد قوله؛ فكان قول المرأة أَوْلَى؛ لأنها في الأصل لها عليه صداق، ولا يعلم زواله إلَّا بالبينة، أو بشيء يؤيد قول الزوج، فهذا معنى

---

(1) جملة (ذلك بعد البناء؛ تحالفا وثبت النكاح... اختلفا في) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) في (ك): (الدخول).

(3) من قوله: (اعلم أن اختلاف الزوجين في الصداق على خمسة أقسام) إلى قوله: (ولأنه حينئذٍ غارم، والقول قول الغارم) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1984** وما بعدها.

(4) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه ولم يعزه إليه ابن الجلَّاب في التفريع (الغرب): **2/ 43** و(العلمية): **1/ 387**.

(5) في (ك): (معاملتهم).

(6) قوله: (والعُرف الجاري بين الناس... ادَّعى غيره) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 717**.

قول مالك.

وكذلك قال القاضي إسماعيل وغيره من شيوخ أصحابنا: إن ذلك معنى قول مالك، وهو[1] قول السبعة الفقهاء.

قال الأبهري: إلَّا أن يكون للمرأة كتابٌ بصداقها بعد الدخول بها، فإذا كان لها كتاب؛ فكتابها أَوْلَى؛ لأن من عُرْف الناس أخذ الكتاب الذي عليهم بالدَّين متى قضوه، فمتى ما كان كتاب الدَّين موجودًا مع صاحب الدَّين؛ كان الدَّين مبقى[2] في الأغلب، فكان قولها في أنها لم تأخذ الصداق قبل الدخول، وأنها قد[3] رضيت باتباع ذمته، وهذا إذا كان الدخول دخول اهتداء.

فأما إذا كان دخول زيارة؛ فالقول قولها في أنها لم تقبض الصداق؛ لأنها لم تسلم نفسها، ولم ينَل منها الزوج ما هو عِوض عن الصداق[4] وهو الوطء، وكان قولها أَوْلَى من قوله لهذه العلة، ولأنها تقول: لا أُمكنه من الوطء إلَّا بعوض وهو المهر، ويكون قد ضيَّع وفرَّط إن كان قد دفع إليها[5] بغير بينة قبل الدخول بها[6].

فإن اختلفا، هل كان تسمية أو تفويضًا؛ فالقول قول الزوج مع يمينه[7].

وإن اختلفا في صحة العقد وفساده، فادَّعى الزوج فساد العقد، وادَّعت المرأة صحته، فإن لم يكن دخل بها؛ فُرِّق بينهما؛ لإقرار الزوج على نفسه بفساد العقد، وتأخذ منه نصف الصداق، وإن كانت[8] هي المدعية [ك: 92/ ب] للفساد؛ لم تصدَّق على الفراق[9].

---

(1) كلمة (وهو) يقابلها في (ك): (وكذلك هو).

(2) جملة (متى قضوه، فمتى ما... الدين مبقى) يقابلها في (ز): (مستقرٌّ).

(3) كلمة (قد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) كلمتا (عن الصداق) يقابلهما في (ك): (للصداق).

(5) في (ز): (لها).

(6) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) قوله: (فإن اختلفا، هل... مع يمينه) بنحوه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): 2/ 12.

(8) في (ز): (كان).

(9) قوله: (وإن اختلفا في صحة... على الفراق) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1994.

[خلوة الرجل بامرأته في منزلها أو منزله، وادعائها الوطء]

(وإذا خلا الرجل بامرأته في منزله، فادَّعت أنه وطئها، وأنكر ذلك زوجها؛ فالقول قولها مع يمينها، ويجب لها جميع الصداق، وإذا خلا[1] بها في منزلها، ثم اختلفا [529/ أ] في الوطء؛ ففيها روايتان:

إحداهما أن القول قول الرجل[2].

والأخرى أن القول قول المرأة[3].

وإن تصادقا على عدم الوطء؛ لم يجب لها بالخلوة جميع الصداق)[4].

اعلم أن الرجل إذا خلا بامرأته في منزله، فادَّعت أنه وطئها وأنكر ذلك زوجها؛ فالقول قولها مع يمينها؛ لأنه ينبسط في منزله ولا ينقبض، والعادة إقدامه؛ فلذلك صدِّقت عليه، وسواء كانت الخلوة خلوة بناء، أو خلوة زيارة.

واختُلِفَ إذا[5] خلا بها في منزلها، فذكر ابن الجلَّاب في ذلك روايتان:

إحداهما أن القول قول المرأة مع يمينها.

والأخرى أن القول قول الرجل مع يمينه[6].

فوجه القول بأن القول قول الرجل هو أن العُرف جارٍ بأن الرجل ينقبض في غير بيته إذا كان زائرًا غير مطمئن، فكان القول قوله في أنه لم يُصِب؛ إلَّا أن يكون إنما خلا بها ليصيب؛ فيكون[7] قولها؛ لأنَّ الأغلب من الرجل إذا خلا بالمرأة الوطء، وقد قال

---

(1) في (ك): (اختلى).

(2) في (ك): (المرأة).

(3) في (ك): (الرجل).

(4) التفريع حاشية (الغرب): 2/ 43 و(العلمية): 2/ 59 و60.

(5) كلمتا (واختُلف إذا) يقابلهما في (ز): (وإن).

(6) التفريع حاشية (الغرب): 2/ 43 و(العلمية): 2/ 59 و60.

(7) في (ز): (فقبل).

النبي ﷺ: «أَلَا لَا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ - ليست له بمحرم - فَإِنَّ الشَّيْطَانَ ثَالِثُهُمَا»[1].

ووجه القول بأن القول قول المرأة هو أنه يغلب التسليم والتمكن من الاستمتاع[2]، وليست المرأة منسوبة إلى تفريط بترك التوثق بالإشهاد؛ إذ لا[3] يمكنها ذلك، فلو لم تصدَّق عليه؛ لأدَّى ذلك إلى أن لا يثبت على أحدٍ صداقٌ بوطء إلَّا باعترافه، وفي ذلك إضاعة للمهر[4].

ووجَّه ذلك الأبهري بأن قال[5]: ولأنَّ[6] المرأة قد فعلتْ ما عليها أن تفعل من تمكين الزوج منها؛ لأنها لا تقدر على إحضار شهود من رجال ونساء حتى يشهدون على وطء زوجها لها، فإذا لم تقدر على ذلك فلم تقصِّر بترك التوثق لنفسها؛ فكان القول قولها.

فإن قيل: إن المرأة مدَّعية للمهر واستحقاقها له، والزوجُ منكرٌ لذلك؛ فعليها البيِّنة وعليه اليمين؛ لعموم قوله ﷺ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ»[7]!

قيل له: هذا الخبر على الخصوص، بدلالة أن رجلًا لو ادَّعى على رجل أنه زنى؛ لكان على المدعي البيِّنة، ولم يكن على المدَّعى عليه [ك: **91/ أ**] يمين؛ فثبت بهذا أنه

---

(1) قوله: (الرجل هو: أن العُرف جارٍ بأن... الشيطان ثالثهما) جاء متأخرًا في نسخة (ك) بعد قوله: (ووجه القول بأن القول قول المرأة... إضاعة للمهر).

والحديث صحيح، رواه الترمذي: **3/ 465**، في باب ما جاء في لزوم الجماعة، من أبواب الفتن، برقم **(2165)**.

وأحمد في مسنده، برقم **(177)** كلاهما عن عمر رضي الله عنه.

(2) عبارة (والتمكن من الاستمتاع) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) عبارة (بالإشهاد إذ لا) يقابلها في (ز): (والإشهاد، ولا).

(4) قوله: (فوجه القول: بأن القول قول الرجل هو: أن... إضاعة للمهر) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 585** و**586**.

(5) عبارة (ووجَّه ذلك الأبهري بأن قال) يقابلها في (ك): (قال الأبهري).

(6) كلمة (ولأنَّ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) صحيح، رواه الترمذي: **3/ 618**، في باب ما جاء في أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، من أبواب الأحكام، برقم **(1341)**.

والدارقطني في سننه: **5/ 276**، برقم **(4311)** كلاهما عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

ليس على العموم.

على أنَّ هذا الحديث إنما هو في الموضع الذي يمكن [فيه][1] إقامة البينة؛ لأن الله تعالى جعل البينة للتوثق بها في الحقوق إذا وقع فيها التنازع، فإذا كان في[2] موضع لا يمكن حضور البينة فيه؛ فليس هو الموضع الذي ألزم فيه المدعي البينة[3]؛ لأنه لا[4] يمكنه إحضارها، ولا التوثق بها؛ فلهذه العلة قال مالك: القول قولها مع يمينها.

وإن تصادقا على عدم الوطء[5]، فلا يخلو إما أن تكون رشيدةً أو سفيهة، فإن كانت رشيدةً؛ صُدِّقت، وسواء كانت خلوة زيارة أو خلوة بناء[6].

واختُلف إذا كانت خلوة بناء، فقيل: تصدَّق، ولها نصف الصداق.. وذكر عن سحنون أنها لا تصدق؛ [ز: 529/ ب] لأنها تسقط ما وجب لها[7].



(1) ما بين المعكوفتين زيادة يقتضيها السياق.

(2) حرف الجر (في) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(3) جملة (فيه؛ فليس هو الموضع الذي ألزم فيه المدعي البينة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) حرف النفي (لا) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(5) كلمة (الوطء) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) عبارة (أو خلوة بناء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) قوله: (وإن تصادقا على عدم... لها) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 5/ 2485.

بابٌ فيمن يحرم نكاحه من النساء

(قال رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: ويحرم على الرجل من النساء[2] زوجات أبيه؛ دخل بهنَّ أو لم يدخل بهنَّ، مات عنهنَّ أو طلقهنَّ.

وكذلك يحرم عليه مَن وطئها أبوه من الإماء، أو باشرها للذة، أو قبَّلها، أو مسَّ فرجها، فحرامٌ على الابن وطؤها)[3].

والأصل في تحريم ذلك الكتاب والسُّنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: 22].

وأما من السُّنة فما رُوي عن البراء بن عازب أنه قال: مرَّ بي خالد ومعه لواء، فقلت له: إلى أين تذهب؟ فقال: "بَعَثَنِي رَسُولُ اللهِ ﷺ إِلَى رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةَ أَبِيهِ أَنْ آتِيَهُ بِرَأْسِهِ"[4].

وأما الإجماع فلا خلاف بين الأمة في تحريم ذلك.

إذا ثبت هذا فلا يجوز للابن أن يتزوَّج امرأةً وطئها[5] أبوه بعقد نكاح أو بملك يمين، وسواء وطئها الأب طاهرة أو حائضًا أو مُحْرِمَةً أو معتكفة أو صائمةً أو كان الأب محرمًا أو معتكفًا أو صائمًا، وسواء مات عنها الأب أو طلَّقها.

وكذلك لا يجوز للابن أن يتسرَّر بها إن كانت أمةً؛ إذ لا فرق بين أن يطأها أبوه بعقد نكاح أو بملك يمين، وهي داخلة في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: 22].

---

(1) عبارة (قال رَحِمَهُ اللَّهُ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) الجار والمجرور (من النساء) ساقطان من (ك) وقد انفردت بهما (ز)، وهما في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 44 و(العلمية): 1/ 387 و388.

(4) صحيح، رواه الترمذي: 3/ 635، في باب فيمن تزوج امرأة أبيه، من أبواب الأحكام، برقم (1362).

والنسائي: 6/ 109، في باب نكاح ما نكح الآباء، من كتاب النكاح، برقم (3331) كلاهما عن البراء بن عازب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(5) كلمتا (امرأة وطئها) يقابلهما في (ز): (امرأة أبيه وطئها).

قال الأبهري: ولا خلاف في ذلك بين أهل العلم.

وكذلك إذا قبَّلها أو لمسها لشهوة[1]؛ فإنها تحرم على أبيه وابنه بذلك، كما تحرم الربيبة عليه بقبلة الأم مثل ما يحرم بالوطء.

فأما إذا كان مسًّا[2] [ك: 91/ ب] لغير شهوة؛ فلا تحرم بذلك؛ لأن الله ﷻ إنما حرَّم بعقد النكاح الذي هو سبب للوطء أو الوطء وما يقوم مقامه من اللذة دون غيره مما ليس من جنسه؛ ألا ترى أن رجلًا لو ضرب أمة بيده؛ لما حرمت على أبيه وابنه.

وكذلك كل مسٍّ إذا كان بغير شهوة.

وأما العقد، فيفرق فيه بين النكاح والتسري، فإن عقدَ الأب على امرأة عقد نكاح؛ حرمت على الابن بنفس العقد.

ولا خلاف أنه[3] المراد بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [الأحزاب: 49]، فسمَّى نفس العقد نكاحًا وإن لم يكن فيه وطء[4].

وإن عقد عليها عقد ملك؛ لم تحرم بنفس العقد إلَّا أن يطأها الأب، أو تلذذ منها؛ فحينئذٍ تحرم على الابن.

والفرق بين عقد النكاح وبين عقد ملك اليمين هو أن عقد النكاح لا يُراد إلَّا للوطء خاصَّة، فجعل العقد فيه يقوم مقام نفس الوطء؛ بخلاف ملك اليمين، فإن الإنسان قد يشتري الجارية ولا يطأها، وليس ذلك بحقٍّ على السيد، فتبيَّن بذلك أن عقد النكاح بخلاف عقد ملك اليمين[5].

---

(1) في (ك): (بالشهوة).

(2) في (ز): (مسَّها).

(3) في (ز) و(ك): (أنه).

(4) قوله: (ولا خلاف أن المراد بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا﴾... فيه وطء) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 2070.

(5) جملة (وأما العقد، فيفرق فيه بين النكاح والتسري... عقد ملك اليمين) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

[في وقوع الحرمة بالزنا]

(وإن زنى بها الأب، فقد اختلف قوله في تحريمها على الابن، فقال مرةً: تحرم عليه، وقال مرة أخرى: لا تحرم عليه.

وكذلك من زنى بها الابن.

وكذلك اختُلف قوله في تحريم الأم بالزنا بالبنت، وتحريم البنت بالزنا بالأم)[1].

اختُلف في الأب إذا زنى بامرأة هل تحرم بذلك على ابنه؟ أو زنى الابن بامرأة هل تحرم بذلك على أبيه؟ وهل تحرم الأم بالزنا بالبنت؟ أم لا؟

فقال مالك في "الموطأ": ومن زنى بامرأةٍ؛ فله أن ينكح ابنتها، وينكحها ابنه إن شاء.

قال: وإنما يحرم ما أصيب[2] بالحلال، أو على[3] وجه الحلال[4].

وقال في "المدونة": ومن زنى بأمِّ امرأته، أو بابنتها؛ حرمت عليه زوجته[5].

[ز: 530/ أ] قال ابن حبيب: ورجع مالك عمَّا في "الموطأ" وأفتى دهره حتى مات أنها تحرم[6].

وقال سحنون: أصحاب مالك على ما في "الموطأ" لا اختلاف بينهم فيه، وهو الأمر عندهم، وقاله عددٌ من الصحابة والتابعين[7].

قال الأبهري: ومما يدل على أن الزنا لا تقع الحرمة به؛ أنَّ رجلًا لو زنى بامرأة،

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 44 و(العلمية): 1/ 388.

(2) في (ك): (أصبت).

(3) كلمتا (أو على) يقابلهما في (ك): (وعلى).

(4) الموطأ، للإمام مالك: 3/ 765.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 35.

(6) قوله: (فقال مالك في "الموطأ": ومن زنا... أنها تحرم) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 2074.

(7) قول سحنون بنحوه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): 2/ 73 وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 397.

فحدث له منها بنتٌ؛ لجاز لأخيه أن يتزوَّج بهذه الأنثى التي تولدت عنه عندنا، وعند من يخالفنا في تحريم الزنا.

[ك: **90**/ أ] فلو قام الزنا في الحرمة مقام الحلال؛ لوجب أن تكون حرمة الولد الحادث في الزنا مثل حرمة الولد الحادث من الوطء الصحيح، ولوَجَبَ تحريم هذه على أخيه كما تحرم بالنكاح الصحيح، أو بشبهة(1) النكاح.

فهذا وجه قول مالك أنها لا تحرم بالزنا كما تحرم في النكاح الصحيح، والوطء في شبهة نكاح.

ووجه القول الثاني عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: **22**]؛ لأن النكاح مأخوذٌ من المناكحة وهي المخالطة(2)، وذلك الجماع، فعلى أي وجه كان حلالًا أو حرامًا؛ حرم.

قال الأبهري: ولأنا قد وجدنا الفساد يقع بالوطء الفاسد كما يقع بالوطء(3) الصحيح، من ذلك فساد الصوم والاعتكاف والحج كما يفسد بالوطء الصحيح، كذلك يجب أن تحرم المرأة بوطء أمها أو ابنتها(4)، وإن كان زنا.

واختُلف في الرجل يريد زوجته فتقع يده على ابنتها، فيلتذُّ(5) بها(6) أو يصيبها(7)، فذُكر عن أبي الحسن ابن القابسي وأبي بكر بن عبد الرحمن أن زوجته -وهي أم البنت- تحرم عليه، وأنها نزلت بالشيخ أبي محمد بن التبان ففارق زوجته.

وذكر عن الشيخ أبي عمران أنه قال: لا نعلم خلافًا فيمن وطئ بوجه شبهةٍ أنها تحرم، إلَّا ما رُوي عن سحنون فيمن مدَّ يده إلى زوجته في الليل، فوقع على ابنتها

---

(1) في (ك): (شبهة).

(2) كلمتا (وهي المخالطة) يقابلهما في (ز): (والمخالطة).

(3) عبارة (الفاسد كما يقع بالوطء) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) كلمتا (أو ابنتها) يقابلهما في (ز): (وابنتها).

(5) في (ك): (فتلذذ).

(6) في (ز): (منها).

(7) ما يقابل كلمة (يصيبها) غير قطعيِّ القراءة في (ز).

فوطئها غلطًا؛ أنه[1] لا تحرم زوجته عليه[2].

قال مالك: ولا أحب للرجل أن يتزوَّج[3] المرأة المعلنة بالسوء من غير أن يكون حرامًا[4].

قال الأبهري: وإنما قال ذلك؛ لأن الله ﷻ إنما ندب في تزويج الأحرار من أهل الكتاب إلى العفائف منهن دون المسافحات بقوله ﷻ: ﴿مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ﴾ [النساء: 25]، فكان كذلك -أيضًا- في الحرائر المسلمات يستحب أن يكنَّ عفائف غير زوانٍ، وقد قال ﷺ: «**تُنْكَحُ المَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ، تَرِبَتْ يَدَاكَ**»[5].

[فيمن يحرم على الأب التزوج بهن]

(ويحرم على الأب زوجاتُ الابن؛ دخل بهنَّ أو لم يدخل بهنَّ، مات عنهنَّ أو طلقهن. وكذلك تحرم عليه مَن وطئها الابن من الإماء المملوكات، وإن[6] باشرهنَّ لشهوة أو قبَّلهن أو مسَّ فروجهنَّ؛ حرم على الأب وطؤهنَّ)[7].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ [النساء: 23]، فيحرم على الأب زوجات الابن؛ دخل بهنَّ أو [ز: 530/ ب] لم يدخل بهنَّ، مات عنهن

---

(1) في (ز): (أنها).

(2) كلمتا (زوجته عليه) يقابلهما في (ز): (عليه زوجته) بتقديم وتأخير.

وقوله: (واختُلف في الرجل يريد زوجته فتقع يده... زوجته عليه) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 2075 و2076.

(3) كلمتا (أن يتزوَّج) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز) وما أثبتناه في نوادر ابن أبي زيد.

(4) قول الإمام مالك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 506.

(5) متفق على صحته، رواه البخاري: 7/ 7، في باب الأكفاء في الدين، من كتاب النكاح، برقم (5090).

ومسلم: 2/ 1086، في باب استحباب نكاح ذات الدين، من كتاب الرضاع، برقم (1466) كلاهما عن أبي هريرة ﵁.

(6) في (ز): (أو).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 44 و(العلمية): 1/ 389.

أو طلقهنَّ؛ لأنهن [ك: 90/ ب] بالعقد سُمِّين: (حلائل)، ولا خلاف في أن زوجات[1] الابن تحرم على الأب دخل بها، أو لم يدخل بها.

وكذلك يحرم على الأب مَن وطئها الابن بملك اليمين، أو تلذَّذ بها، أو قبَّلها، أو مسَّ فرجها، الحكمُ في ذلك واحد.

واختُلف إذا وطئ الصغير بملك اليمين جارية أو قبَّلها[2] أو باشرها؟

فقال مالك في كتاب ابن المواز: إن قبَّل أو باشر؛ لم تحرم إذا كان صغيرًا.

وقال ابن حبيب: تحرم إذا بلغ أن يلتذَّ بالجواري.

وقال مالك في كتاب ابن المواز في الجارية تقوم على سيدها في مرضه وتمس ذكره بيدها: فلا يحرمها على ابنه، ولا على أبيه ذلك[3].

[يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب]

(وحليلة الابن من الرضاع محرمة كحليلة الابن من النسب، وزوجات الأب من الرضاع كزوجات[4] الأب من النسب)[5].

والأصل في تحريم ذلك الكتاب والسُّنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: 23]، فحرمهنَّ كما حرمهن من النسب.

---

(1) في (ز): (زوجة).

(2) كلمتا (أو قبَّلها) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(3) قوله: (واختُلف إذا وطئ الصغير بملك اليمين... أبيه ذلك) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 507 وبنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 2078.

(4) كلمتا (الرضاع كزوجات) يقابلهما في (ز): (الرضاع محرمةٌ كزوجات)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) جملة (وحليلة الابن من الرضاع... من النسب) يقابلها في (ز): (وزوجات الأب من الرضاع كزوجات الأب من النسب، وحليلة الابن من الرضاع محرمة كحليلة الابن من النسب) بتقديم وتأخير، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع (الغرب): 2/ 44 و(العلمية): 1/ 389.

وأما السُّنة فقوله ﷺ: «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ**»[1].

وفي حديث آخر: «**الرَّضَاعَةُ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الوِلَادَةُ**»[2].

إذا ثبت هذا فلا يجوز للرجل أن يتزوَّج حليلة ابنه من الرضاعة، كما لا يجوز له أن يتزوَّج حليلة ابنه من النسب.

وكذلك لا يجوز له أن يتزوَّج زوجة أبيه من الرضاعة، كما لا يجوز له أن يتزوَّج امرأة أبيه من[3] النسب[4].

[من لا يجمع بينهما بعقد النكاح؛
لا يجمع بينهما في الوطء بملكِ اليمين]

(وكل امرأتين لم يجز الجمع بينهما بعقد النكاح؛ فلا يجوز الجمع بينهما[5] في الوطء بملك اليمين)[6].

---

(1) متفق على صحته، رواه البخاري: 3/ 170، في باب الشهادة على الأنساب، والرضاع المستفيض، والموت القديم، من كتاب الشهادات، برقم (2645).

ومسلم: 2/ 1071، في باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة، من كتاب الرضاع، برقم (1447) كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما، أيضًا بنحوه.

(2) قوله: (والأصل في تحريم ذلك الكتاب والسُّنة... تحرم الولادة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 2139.

والحديث متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: 4/ 867، في باب رضاعة الصغير، من كتاب الرضاعة، برقم (533).

والبخاري: 4/ 82، في باب ما جاء في بيوت أزواج النبي ﷺ، وما نسب من البيوت إليهن، من كتاب فرض الخمس، برقم (3105).

ومسلم: 2/ 1068، في باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة، من كتاب الرضاع، برقم (1444)، جميعهم بألفاظ متقاربة عن عائشة رضي الله عنها.

(3) جملة (الرضاعة، كما لا يجوز له... أبيه من) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) قوله: (وكذلك لا يجوز له... النسب) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 56.

(5) في (ز): (بينهن).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 44 و45 و(العلمية): 1/ 389.

والأصل في ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَ﴾ [النساء: 23].

ونَهَى النبيُّ ﷺ أَنْ يَجْمَعَ الرَّجُلُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا[1].

وحصر ذلك أن يقال: كل امرأتين بينهما نسبٌ لو كانت إحداهما ذكرًا حرمت عليه الأخرى؛ فإنه لا يجمع بينهما، وإن شئتَ أسقطت[2] ذكر بينهما نسب، وقلت: لو كانت إحداهما ذكرًا حرمت عليه الأخرى من الطرفين جميعًا.

وفائدة هذا الاحتراز بزيادة النسب أو من الطرفين جميعًا مسألة نكاح المرأة وربيبتها، فإن الجمع بينهما جائز[3].

[حكم الزواج من الإماء الكتابيات]

(ولا بأس بوطءِ الإماء الكتابيات بملك اليمين.
ولا يجوز نكاحهنَّ لحر مسلم[4] ولا لعبدٍ مسلم)[5].

والأصل في جواز وطء الإماء الكتابيات [ك: 89/ أ] ما خرَّجه مسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَوْمَ حُنَيْنٍ بَعَثَ جَيْشًا إِلَى أَوْطَاسَ، فَلَقُوا عَدُوًّا، فَقَاتَلُوهُمْ فَظَهَرُوا عَلَيْهِمْ، وَأَصَابُوا لَهُمْ سَبَايَا، فَكَأَنَّ نَاسًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ [ز: 531/ أ] تَحَرَّجُوا مِنْ غِشْيَانِهِنَّ مِنْ أَجْلِ أَزْوَاجِهِنَّ مِنَ الْمُشْرِكِينَ، فأنزل الله سبحانه في ذلك ﴿وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾ [النساء: 24][6]، أي: فهن حلالٌ لكم

---

(1) رواه مسلم: 2/ 1028، في باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، من كتاب النكاح، برقم (1408) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(2) كلمة (أسقطت) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في مُعلم المازري.

(3) قوله: (وحصر ذلك أن يقال: كل امرأتين... جائز) بنصِّه في المعلم، للمازري: 2/ 135.

(4) كلمة (مسلم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في طبعتي التفريع.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 45 و(العلمية): 1/ 389 وما بعدها.

(6) رواه مسلم: 2/ 1079، في باب جواز وطء المسبية بعد الاستبراء، وإن كان لها زوج انفسخ نكاحها بالسبي، من كتاب الرضاع، برقم (1456) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

إذا انقضتْ عدتهنَّ[1]، فأباح وطأهن بملك اليمين.

ولأن كل جنسٍ يجوز نكاح حرائرهن؛ فإنه يجوزُ وطء إمائهن بملك اليمين كالمسلمين[2].

قال الأبهري: ألا ترى أنه لا يجوز للإنسان أن يعقد على ذوات محارمه النكاح ويطأهن به، فكذلك لا يجوز أن يطأهنَّ بملك اليمين.

وكذلك المجوسية لا يجوز وطؤها بعقد النكاح، ولا يجوز وطؤها بملك اليمين[3].

وأما قوله: (**ولا يجوز نكاحهن لحرٍّ مسلم[4] ولا لعبد مسلم**) فالأصل في ذلك قوله تعالى: **﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء: 25]**، فشرط الإيمان[5].

قال الأبهري: ولأن الحرَّ المسلم والعبد المسلم إذا تزوَّج بأمةٍ، فحدث له ولدٌ؛ كان ولده عبدًا لسيد الأمة، فإن كانت لكافر[6]؛ صار ولده مِلكًا لكافرٍ، وذلك غير جائز.

وإن كانت لمسلمٍ؛ جاز له أن يبيعها من كافر، ويبيعها وولدها[7] إذا كانوا صغارًا، وذلك غير جائز[8].

وقد قال ﷻ في الإماء المؤمنات اللاتي أباحهن: **﴿وَأَن تَصْبِرُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [النساء: 25]** يعني: عن تزويج الإماء المؤمنات، فما قولك في الإماء الكافرات!

---

(1) قوله: (أي: فهن حلالٌ لكم إذا انقضتْ عدتهنَّ) بنصِّه في إكمال المعلم، للمازري: **4/ 645**.

(2) قوله: (ولأن كل جنسٍ... اليمين كالمسلمين) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 535**.

(3) قوله: (وكذلك المجوسية لا يجوز... بملك اليمين) بنصِّه في المنتقى، للباجي: **5/ 131**.

(4) كلمة (مسلم) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(5) قوله: (فشرط الإيمان) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 706**.

(6) كلمتا (كانت لكافر) يقابلهما في (ز): (كان كافرًا).

(7) في (ز): (ولدها).

(8) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه ولم يعزه إليه عبد الوهاب في المعونة: **1/ 536** والإشراف: **2/ 706**.

وقال أبو حنيفة: يجوز تزويج الأمة اليهودية أو النصرانية[1]، ودليلنا ما قدَّمناه.

[في تزويج السيد عبده الذمي لأمته الذمية]

(ولا بأس أن يزوِّج الرجلُ المسلم عبدَه اليهودي أمته[2] اليهودية، والنصراني بالنصرانية)[3].

اعلم أنه يجوز للسيد أن يزوِّج عبده اليهودي أمته اليهودية، وعبده النصراني أمته[4] النصرانية، وهما في ذلك بخلاف[5] المسلم؛ إذ المسلم لا يجوز له أن يتزوَّج أمة يهودية ولا نصرانية[6]، ورأى أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة.

قال الأبهري: وكما يجوز تزويج المسلمين بعضهم من بعض، كذلك يجوز تزويج الكافرين بعضهم من بعض، اليهودي اليهودية والنصرانية والمجوسية[7]، والنصراني النصرانية[8] المجوسية واليهودية [ك: 89/ ب] لا يُعترض عليهم في ذلك.

فإن أسلم العبدُ عُرِضَ على الزوجة الإسلام، كالمجوسية يسلم زوجها، فإن أبتْ؛ وقعت الفرقة بينهما؛ إذ لا ينكح مسلم أمة كتابية، وإن أسلمت؛ بقيت زوجة بحالها[9].

(1) كلمتا (أو النصرانية) يقابلهما في (ز): (والنصرانية).
و قول أبي حنيفة بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 706.
(2) في (ز): (بأمته).
(3) كلمتا (والنصراني بالنصرانية) يقابلهما في (ز): (والنصرانية بالنصراني) بتقديم وتأخير.
و التفريع (الغرب): 2/ 45 و(العلمية): 1/ 391.
(4) في (ك): (لأمته).
(5) في (ز): (خلاف).
(6) قوله: (يجوز للسيد أن... ولا نصرانية) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 315.
(7) كلمتا (والنصرانية والمجوسية) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).
(8) كلمة (النصرانية) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).
(9) قوله: (فإن أسلم العبدُ عُرِضَ على الزوجة... زوجة بحالها) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 315 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 52.

[حكم وطء المجوسيات]

(ولا يجوز وطء الإماء المجوسيات بملك اليمين، ولا نكاح الحرائر المجوسيات)[1].

والأصل في ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: 221]، فعمَّ بذلك الحرائر والإماء؛ إذ الوطء يسمَّى نكاحًا، واستثنى الله تعالى نكاح الحرائر الكتابيات بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: 5]، وبقي تحريم المجوسيات بنكاح، [ز: 531/ ب] أو ملك بالتحريم الأول[2].

وأما قول النبي ﷺ: «**سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ**»[3]، فقد رُوي أن ذلك كان في الجزية، وعنها كان سؤالُ عمر، فأخبره عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه بذلك الحديث[4].

قال الأبهري: ولو جاز نكاح الحرائر المجوسيات كما يجوز ذلك في أهل الكتاب؛ لجاز أكل ذبائحهم، كما يجوز ذلك في أهل الكتاب، فلمَّا لم يجز ذلك؛ دلَّ على أنهم مخالفون لأهل الكتاب في ذلك، وإنما سوَّى بينهم في[5] أخذ الجزية لا غير.

قال الأبهري[6]: وقد حُكِيَ عن بعض المتأخرين من أهل العلم أنه قال: يجوز تزويج المجوسية.

---

(1) جملة (وطء الإماء المجوسيات... الحرائر المجوسيات) يقابلها في (ز): (نكاح الحرائر المجوسيات، ولا يجوز وطء إمائهن أيضًا بعقد نكاح ولا بملك يمين)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.
والتفريع (الغرب): 2/ 45 و(العلمية): 1/ 391.

(2) قوله: (والأصل في ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟﴾... بالتحريم الأول) بنصِّه في اختصار ابن أبي زيد (بتحقيقنا): 2/ 62.

(3) ضعيف، رواه مالك في موطئه: 2/ 395، في باب جزية أهل الكتاب، من كتاب الزكاة، برقم (292).
والشافعي في مسنده، ص: 209.
وعبد الرزاق في مصنفه: 6/ 68، برقم (10025)، جميعهم عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه.

(4) قوله: (وأما قول النبي ﷺ: «سُنُّوا بهم... بذلك الحديث) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 2114.

(5) جملة (أنهم مخالفون لأهل... بينهم في) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) كلمتا (قال الأبهري) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

ورُوِي عن حذيفة ﵁ "أنه تزوَّج مجوسية"، والرواية الصحيحة عنه[1] أنه "تزوَّج بيهودية أو نصرانية"[2].

قال اللخمي: وأرى أن يجوز نكاح الصابئة والسامرية قياسًا على اليهودية والنصرانية؛ لأنهما داخلان في قوله تعالى: ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: 5]، وإنما الاختلاف بينهم في الوجه الذي يكفرون به، والصابئون يقرأون الزبور ويعبدون الملائكة، والسامريَّة: صنفٌ من اليهود[3].

قال مالك: ويُكره تزويج اليهودية والنصرانية، ولا نحرمه[4]؛ لأنه يضع ولده عند من تشرب الخمر، وتأكل الخنزير، وتُرضعه[5].

قال الأبهري: وقد ذكر[6] مالك العلة التي كُرِهَ النكاح لأجلها، ولأنَّ في تزويجه لهن معونة على فِعل[7] ما لا يجوز، وهو ما ذكره مالك.

وقد رُوي عن ابن عمر ﵄ "أنه كره تزويج نساء[8] أهل الكتاب"[9]؛ لما[10] قال الله ﷻ في نكاح الإماء المؤمنات التي أباحهن عند الضرورة: ﴿وَأَن تَصْبِرُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾

---

(1) كلمة (عنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) رواه عبد الرزاق في مصنفه: 7/ 177، برقم (12670) عن أبي وائل ﵁ أَنَّ حُذَيْفَةَ، تَزَوَّجَ يَهُودِيَّةً، فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ: «أَنْ يُفَارِقَهَا».

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 2114 و2115.

(4) في (ز): (يحرم).

(5) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 306 والمختصر الكبير، لابن عبد الحكم (بتحقيقنا)، ص: 192.

(6) كلمتا (وقد ذكر) يقابلهما في (ك): (وذكر).

(7) كلمة (فِعل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) كلمة (نساء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) يشير للأثر الذي رواه البخاري: 7/ 48، في باب قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ [البقرة: 221]، من كتاب الطلاق، برقم (5285) عن نافع أَنَّ ابْنَ عُمَرَ ﵄، كَانَ إِذَا سُئِلَ عَنْ نِكَاحِ النَّصْرَانِيَّةِ وَاليَهُودِيَّةِ، قَالَ: «إِنَّ اللهَ حَرَّمَ المُشْرِكَاتِ عَلَى المُؤْمِنِينَ، وَلاَ أَعْلَمُ مِنَ الإِشْرَاكِ شَيْئًا أَكْبَرَ مِنْ أَنْ تَقُولَ المَرْأَةُ: رَبُّهَا عِيسَى، وَهُوَ عَبْدٌ مِنْ عِبَادِ اللهِ».

(10) في (ز): (ولما).

[النساء: 25]؛ لنقصان حرمتهنَّ عن حرمة الحرائر[1] المسلمات، فكذلك يُستحبُّ [ك: 88/ أ] أن لا يتزوَّج المسلم بحرائر أهل الكتاب؛ لنقصان حرمتهن عن حرمة الحرائر المسلمات، والله ﷻ أعلم.

[زواج العبد أربعًا، وزواجة الحرة على الأمة والعكس]

(ولا بأس أن يتزوَّج العبدُ أربع نسوةٍ، وهو في ذلك كالحر)[2].

اختُلف في العبد، هل له أن يتزوَّج أربعًا كالحر؟ أم ليس له أن يتزوَّج إلَّا اثنتين؟

فقال مالك: له أن يتزوَّج أربع نسوة إن شاء حرائر، وإن شاء إماء[3].

واستدلَّ على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: 3][4].

قال الأبهري[5]: فأباح الله ﷻ للعبد بعموم هذه الآية أن يتزوَّج أربعًا كما أباح للحر؛ لأنَّ العموم من الآية لهما جميعًا.

فإن قيل: إن العبد ليس يطأ بملك اليمين، وإنما أريد بالآية من وطئ بملك اليمين إذا لم يأمن الجور.

قيل له: العبد يطأ بملك اليمين عندنا، وذلك قول ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما لا نعلم لهما مخالفًا من أصحاب رسول الله ﷺ.

فإن قيل: إن العبد لما كان منقوصًا عن الحر[6] في الحرمة والحدود والطلاق، وغير ذلك من الأحكام؛ وجب أن يكون منقوصًا [ز: 532/ أ] عنه في التزويج!

---

(1) كلمة (الحرائر) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 45 و(العلمية): 1/ 391.

(3) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 199 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 437.

(4) قوله: (واستدلَّ على ذلك... وَرُبَٰعَ﴾) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 279.

(5) كلمتا (قال الأبهري) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(6) في (ك): (الحرية).

قيل له: إنما نقص في هذه الأشياء رفقًا به؛ لأن الطلاق والحدود شيءٌ[1] عليه، فلم يجب أن يساوي الحر فيما هو عليه؛ لنقصان حرمته عن الحر.

فأما النكاح؛ فهو له، فليس يمنع من مساواته الحر في العدد، كما لا يمنع من مساواته[2] في الوطء وغير ذلك، وكما هو مثله في الأكل والشرب.

قال مالك: وسمعت ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول: يَنكح العبدُ أربع نسوة[3].

وروى ابن وهب قال: أخبرني رجالٌ من أهل العلم عن القاسم وسالم وابن شهاب، وسعيد ومجاهد ويحيى بن سعيد، وكثير من أهل العلم أنهم قالوا: ينكح العبد أربعًا[4].

من الأبهري[5]: وروى عنه ابن وهب أنه لا يتزوج إلَّا اثنتين[6]، وهو أحسن؛ لأن طلاقه على النصف من الحر؛ فيكون تزويجه على النصف من الحر.

(ولا بأس أن يتزوَّج الحرة[7] على الأمة، والأمة[8] على الحرة، وهو في ذلك بخلاف الحر)[9].

اختُلف في العبد يتزوَّج حرةً على أمة، أو أمةً على حرة، فقال مالك: النكاح صحيح، ولا خيار للحرة؛ لأن الأَمة من نسائه[10].

---

(1) في (ز): (شينٌ).

(2) عبارة (الحر في العدد، كما لا يمنع عن مساواته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) الموطأ، للإمام مالك: **3/ 779**.

(4) قوله: (وروى ابن وهب قال: أخبرني رجالٌ... العبد أربعًا) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): **2/ 199**.

والأثر رواه عبد الرزاق في مصنفه: **7/ 274**، برقم **(13137)** عن الزهري رَحِمَهُ اللَّهُ.

(5) كلمتا (من الأبهري) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(6) رواية ابن وهب بنصِّها في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 518**.

(7) في (ك): (بالحرة).

(8) في (ك): (وبالأمة).

(9) التفريع (الغرب): **2/ 45** و(العلمية): **1/ 391**.

(10) المدونة (صادر/ السعادة): **2/ 206** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 441**.

وقال ابن الماجشون: لها الخيار[1].

قال اللخمي: والأول أحسن، والمعرة في كون الزوج عبدًا أشد من المعرة في كون الأمة ضرة لها[2].

[شرط زواج الحر من الأمة]

(ولا يجوز للحرِّ أن يتزوَّج أمةً حتى يعدم الطول للحرة، ويخاف [ك: 88/ ب] العنت.

والطَّول: صداق الحرة.

والعنت: الزنا.

فإن عدم الطول ولم يخش العنت؛ لم يجز له نكاح الأمة.

وكذلك إنْ وجد الطول وخشي العنت)[3].

والأصل في ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ إلى قوله: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: 25].

قال ابن حبيب: ولا يجوز للحرِّ أن يتزوَّج أمةً حتى يعدم الطول، وهو الصداق للحرة، ويخاف العنت، وهو الزنا، وهو قول علي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم، ورواه ابن وهب عن مالك[4].

قال الأبهري: فمتى لم يكن بهذين الوصفين؛ لم يجز له أن يتزوَّج الأمة؛ لأن ذلك بخلاف شرط الله تعالى في إباحته[5] تزويج الأمة.

وكذلك إنْ كان فيه وصف وعُدم منه وصف؛ لم يجز له أن يتزوَّج الأمة حتى

---

(1) قول ابن الماجشون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 522.

(2) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1884.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 45 و(العلمية): 1/ 392.

(4) قول ابن حبيب لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه وعزاه إليه ابن أبي زيد في النوادر والزيادات: 4/ 518.

(5) في (ز): (إباحة).

يجتمعا فيه، كما أنه متى وجد طعامًا أو رقبة[1] أو كسوة للمساكين؛ لم يجز له أن يصوم في كفَّارة اليمين.

وكذلك في الظهار إذا وجد الرقبة؛ لم يجز له الصوم؛ لأنَّ الله تعالى أباحه لعدم العتق.

ويجوز للعبد أن يتزوَّج الأمة وإن لم يخش العنت؛ لأنه لا عار عليه في استرقاق ولده؛ لأن ذلك ليس بأكثر من استرقاق نفسه، وليس للحر استرقاق ولده مع الاستغناء عنه[2].

قال اللخمي: نكاح الأمة المسلمة جائز، ومختلَفٌ فيه، والجائز على ثلاثة أوجه:

أحدها: نكاح الحر، كل أمة يكون [ز: 532/ ب] ولدها من ذلك النكاح حرًّا، مثل نكاح أمة الأب، أو الأم، أو الأجداد أو الجدات[3] من قِبَل الأب والأم.

وأجاز ابن عبد الحكم أن يتزوَّج الأب أمة الابن؛ لأنَّ الولد يعتق على أخيه، وكل هذا إذا كان المالك لها حرًّا، فإن كان عبدًا والمتزوج حرٌّ؛ لم يجز؛ لأنَّ ولده عبد للسيد الأعلى.

والثاني: نكاح مَن[4] لا يُخشى منه حمل، كالحصور والخصيِّ والمجبوب والشيخ الفاني.

والثالث: نكاح العبد؛ فهو جائزٌ على الإطلاق؛ للعلة التي ذكرناها.

واختُلف عن مالك في نكاح الحر الأمةَ يكون ولده منها رقيقًا، فمَنَع ذلك مرةً إلَّا بوجود شرطين، وقد تقدَّما[5]، وأجازه مرة من غير شرط؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور: 32][6].

---

(1) عبارة (طعامًا أو رقبة) يقابلها في (ك): (رقبة أو طعامًا) بتقديم وتأخير.

(2) قوله: (ويجوز للعبد أن يتزوَّج الأمة وإن لم... الاستغناء عنه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 534 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 284.

(3) كلمتا (أو الجدات) يقابلهما في (ز): (والجدات).

(4) كلمة (مَن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) انظر النص المحقق: 387/6.

(6) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1878 و1879.

قال مالك: ومن وجد طَولًا للحرة ولم يجد ما ينفق عليها؛ فليس له أن يتزوَّج الأمة؛ لأن الله سبحانه يقول: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾ [النساء: 25] [ك: 87/ أ][1].

قال الأبهري: قد ذكر مالك الحجة، والطول: المال، قال الله ﷻ: ﴿ٱسْتَـْٔذَنَكَ أُوْلُواْ ٱلطَّوْلِ مِنْهُمْ﴾ [التوبة: 86]، فإذا وجد الطول[2]؛ لم يجز له أن يتزوَّج الأمة؛ لأنَّ الله سبحانه إنما أباحه بوجود شرطين، وهما: عدم الطول وخيفة العنت، وليس في ذلك عدم النفقة؛ لأنَّه قد يجد النفقة بعد العقد وقبل الدخول بها؛ لأن النفقة إنما تجب في النكاح بحصول الاستمتاع، وليس تجب بعقد النكاح.

[في الحرة يتزوج عليها زوجها أمة]

(وإذا تزوَّج حُرٌّ حُرةً، ثم تزوَّج عليها أمةً؛ ففيها روايتان:

إحداهما أن نكاح الأمة باطل.

والرواية الأخرى أنه صحيح.

والحرَّة بالخيار في نفسها بين[3] إقامتها مع زوجها وبين[4] فراقه.

وقال عبد الملك: الحرَّة بالخيار في فسخ نكاح الأمة وفي إقراره)[5].

اختُلف في الحرِّ يتزوَّج حرة، ثم يتزوَّج عليها أمةً، هل نكاح الأمة باطل أو صحيح؟

فقال مالك مرة: نكاح الأمة باطل، وقال مرة: نكاح الأمة صحيح، والحرة بالخيار[6].

وهذا ينبني على أصل، وهو هل الحرة تحته طول؟ أم لا؟

وكره ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أن تُنكح الأمة على الحرة[7].

(1) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 205.

(2) جملة (قال الأبهري: قد ذكر مالك... وجد الطول) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) في (ز): (مع).

(4) في (ز): (أو).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 45 و(العلمية): 1/ 392.

(6) قول الإمام مالك بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 534.

(7) قوله: (وكره ابن عمر وابن عباس أن تُنكح الأمة على الحرة) بنحوه في الموطأ، للإمام مالك: 3/ 769 =

قال اللخمي: والإجازة أبين؛ لأن الوجه في الإباحة خوف العنت، فلا فرق بين الأولى والثانية إذا وُجدت العلة التي من أجلها كانت الإباحة[1].

قال الأبهري: فإن قيل: إنَّ مَن تحته امرأة؛ حرة كانت أو أمة لم يخش العنت!

قيل له: متى لم يخش العنت[2]؛ لم يجز له أن يتزوَّج الأمة، فإذا خاف العنت ولم تكفه زوجة واحدة، وعَدِم الطول؛ جاز له أن يتزوَّج الأمة.

والأمر في ذلك مردودٌ إلى ما يجده في نفسه، ويخافه من خوف العنت؛ إذ هو[3] مؤتمنٌ على ذلك، كما أن الأمر مردود إليه في الفطر في المرض إذا لم يقوَ على الصوم، والصلاة جالسًا إذا لم يقدر على القيام، وإنما يرجع في ذلك[4] إلى ما يجده وهو مؤتمنٌ عليه؛ فكذلك هو مؤتمنٌ[5] في تزويج الأمة إذا عَلِم من نفسه أن الواحدة لا تكفيه؛ [ز: 533/ أ] إذ لا تصبر عليه ولا تطاوعه، والله أعلم.

إذا ثبت ذلك وقلنا: إن نكاح الأمة صحيح والحرة بالخيار، فهل يكون خيارها في طلاق الأمة؟ أو نفسها؟

فقال مالك: الحرَّة بالخيار بين أن تُقيم أو تفارق.

وقال عبد الملك: الحرة [ك: 87/ ب] بالخيار في فسخ نكاح الأمة أو إقراره[6].

فوجه قول مالك هو أن لها إزالة الضرر عن نفسها بما لا تَضر به غيرها، فإما أقامت أو فارقت[7].

وقال الأبهري في توجيه ذلك فلأنه لمَّا تزوَّج عليها أمة، فقد أدخل عليها نقصانًا

=

والمدونة (صادر/ السعادة): 2/ 205.

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1881.

(2) عبارة (قيل له: متى لم يخش العنت) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) كلمتا (إذ هو) يقابلهما في (ز): (وهو).

(4) جملة (إذا لم يقوَ على الصوم، والصلاة... في ذلك) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(5) عبارة (فكذلك هو مؤتمنٌ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) قوله: (فقال مالك: الحرَّة بالخيار... أو إقراره) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: 2/ 544.

(7) قوله: (فوجه قول مالك: هو أن... أو فارقت) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 535.

ومضرة؛ فالخيار إليها إن شاءت أقامت وإن شاءت فارقته، كما لو تزوجها على أنه حر فإذا هو عبد، أو على أنه غير عنين فإذا هو عنين.

وقد رُوي عن سليمان بن يسار أنه قال: السنة فيمن تزوَّج أمة وعنده حرة أن الحرة بالخيار[1].

ووجه قول عبد الملك هو أن الضرر الذي دخل عليها إنما هو من سبب الأمة وكونها ضرة لها، فلها أن تُزيل ذلك الضرر أو تبقيه، وأما فسخ نكاح نفسها؛ فليس ذلك إزالة ضرر؛ بل فيه زيادة على الضرر الداخل عليها[2].

[في الحرِّ يتزوج حُرَّة على أمة تحته]

(إذا تزوج الحرُّ حُرَّة على أمة تحته، ولم تعلم الحرة بالأمة؛ ففيها روايتان:
إحداهما أنه لا خيار لها؛ لأنها فرَّطتْ في تعرُّف ذلك.
والرواية الأخرى أن لها الخيار)[3].

اختُلف في الحرِّ يتزوَّج حرَّةً على أمةٍ تحته، ولم تعلم الحرة بالأمة، هل يكون لها خيار؟ أم لا؟

فقال مالك[4] مرةً: لا خيار لها؛ لأنها فرَّطت في تعرُّف ذلك حيث لم تسأل.

وقال مرةً: إنَّ[5] لها الخيار.

قال اللخمي: وتعليله في أن المرأة فرَّطت في تعرُّف ذلك ليس بالبيِّن؛ لأن تزويج الحر للأمة[6] نادر، ....

(1) قول سليمان بن يسار بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 204 و205.
(2) من قوله: (إذا ثبت ذلك وقلنا: إن نكاح الأمة صحيح) إلى قوله: (بل فيه زيادة على الضرر الداخل عليها) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).
وقوله: (ووجه قول عبد الملك:... عليها) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 535.
(3) التفريع (الغرب): 2/ 46 و(العلمية): 1/ 392.
(4) كلمة (مالك) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).
(5) حرف التوكيد (إنَّ) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).
(6) عبارة (تزويج الحر للأمة) يقابلها في (ز): (التزويج للحر في الإماء).

والنادر لا حُكم له(1).

ووجه قوله (**إن لها الخيار**) فلأجل النقص الداخل عليها بأن تكون ضرتها أمة، فجعل لها الخيار لتُزيل عن نفسها ذلك الضرر(2).

[في الحُرِّ تحته أمتان، فيتزوج عليهما حرة]

(وإذا كان تحته أَمَتَان، فتزوَّج حرَّة عليهما(3)، فعلمت الحرةُ بإحداهما ولم تعلم بالأخرى؛ لكان لها الخيار على إحدى الروايتين، ولا خيار لها على الرواية الأخرى)(4).

والعلة في هذه المسألة كالعلة في التي قبلها.

[شرط العزل]

(ولا(5) يعزل الرجل عن زوجته حرَّةً كانت أو أمةً إلَّا بإذنها إنْ كانت حرَّة(6)، أو بإذن أهلها إن كانت أمة)(7).

والأصل في جواز العزل ما خرجه مسلم عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه **أَنَّ رَجُلًا** جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَقَالَ: إِنِّي أَعْزِلُ عَنِ امْرَأَتِي، فقال رسول الله ﷺ: «**لِمَ تَفْعَلُ ذَلِكَ؟**»، فقال الرجل: أُشْفِقُ عَلَى وَلَدِهَا، فقال رسول الله ﷺ(8): «**لَوْ كَانَ ذَلِكَ ضَارًّا**

---

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1884.

(2) قوله: (إن لها الخيار؛ فلأجل النقص... ذلك الضرر) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 535 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 285.

(3) كلمتا (حرَّة عليهما) يقابلهما في (ك): (عليهما حرَّة) بتقديم وتأخير.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 46 و(العلمية): 1/ 393 و394.

(5) كلمتا (أصل ولا) يقابلهما في (ك): (أصل: (قال مالك رحمه الله: ولا).

(6) عبارة (إن كانت حرَّة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 46 و(العلمية): 1/ 394.

(8) جملة (لم تفعل ذلك، فقال الرجل...) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

ضَرَّ فَارِسَ وَالرُّومَ»[1].

إذا ثبت هذا؛ فلا يجوز للرجل أن يعزل عنها إلَّا بإذنها إن كانت حرة، وإن كانت أمة؛ فبإذنها أو بإذن أهلها.

أما الحرَّة؛ فلأن لها حقًّا في تمام الوطء، وفي العزل [ك: 86/ أ] تركٌ لإتمام الوطء، فليس لأحدهما قطعه إلَّا باختيار الآخر.

وأما الأمة؛ فلحقِّ سيدها؛ لأن له حقًّا في كثرة الولد، وفي العزل قطعٌ للأولاد[2].

قال الأبهري: وروى ابن لهيعة عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله ﷺ: «**نَهَى عَنِ الْعَزْلِ عَنِ الْحُرَّةِ إِلَّا بِإِذْنِهَا**»[3]، وعن الأمة إلَّا بإذن سيدها، ولأنَّ لها حقًّا في الوطء، وترك العزل من حقوقها[4]؛ فليس له منعها ذلك إلَّا بإذنها، كما أنه ليس له أن يمتنع من وطئها إلَّا بإذنها.

فأما إذا كانت أمة لغيره؛ فإنه لا يعزل عنها إلَّا بإذن أهلها -وإن أذنت له في ذلك-؛ لأن أهلها لهم فيه حق منفعة، وهو أنهم يريدون أن [يحدث][5] لهم أولاد فيكونون عبيدًا لهم، وكذلك المرأة الحرة تريد أن يحدث لها ولد تنتفع به؛ فليس يجوز له العزل عن زوجته حرَّة كانت أو أمة؛ لما ذكرناه.

فأما من وطئ أمة بملك يمين؛ فله أن يعزل عنها بغير إذنها؛ لأن الأمة لا حقَّ لها في الوطء؛ إذ ليست بزوجة، فله أن يعزل عنها بغير إذنها؛ وإن كرهت، كما له أن يترك وطأها وإنْ كرهت[6].

---

(1) رواه مسلم: 2/ 1067، في باب جواز الغيلة، وهي وطء المرضع، وكراهة العزل، من كتاب النكاح، برقم (1443) عن سعد بن أبي وقاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(2) قوله: (فلا يجوز للرجل... قطعٌ للأولاد) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 580 و581.

(3) ضعيف، رواه ابن ماجة: 1/ 620، في باب العزل، من كتاب النكاح، برقم (1928).
وأحمد في مسنده، برقم (212) كلاهما عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(4) في (ك): (حقوق)، وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) ما بين المعكوفتين غير قطعيِّ القراءة في (ك).

(6) من قوله: (إذا ثبت هذا، فلا يجوز للرجل أن) إلى قوله: (يترك وطئها وإن كرهت) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

=

[الولد لاحقٌ بالواطئ وإن كان يعزل]

(ولو كان يعزل عنها بإذنها أو بغير إذنها، ثم أتت بولدٍ؛ لكان لاحقًا به، ولا يسقط عنه بعزله عنها)(1).

والأصل في ذلك ما خرجه مسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال:

غَزَوْنَا مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ غَزْوَةَ بَنِي الْمُصْطَلِقِ، فَسَبَيْنَا كَرَائِمَ الْعَرَبِ، فَأَرَدْنَا أَنْ نَسْتَمْتِعَ وَنَعْزِلَ، فَقُلْنَا: نَفْعَلُ وَرَسُولُ اللهِ ﷺ بَيْنَ أَظْهُرِنَا لَا نَسْأَلُهُ، فَسَأَلْنَا رَسُولَ اللهِ ﷺ، فَقَالَ «**لَا عَلَيْكُمْ أَنْ لَا تَفْعَلُوا، مَا كَتَبَ اللهُ خَلْقَ نَسَمَةٍ هِيَ كَائِنَةٌ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، إِلَّا سَتَكُونُ**»(2).

ومعنى ذلك أن الله تعالى إذا قدَّر وجود(3) نسمة قدَّرها مع وجود العزل، ولأنه لا يأمن من غفلة، أو سَبْق ماء، أو غير ذلك من الأسباب(4) التي يقدرها الله تعالى.

(وإذا أقرَّ بوطء(5) أمته، فأتت بولدٍ فنفاه، وذكر أنه كان يعزل عنها؛ كان الولد لاحقًا به، ولم يسقط عنه بعزله عن أمته؛ إلَّا أن يكون استبرأها بحيضة؛ فإنه يجوز له نفيه بعد وطئه إياها، والقول قوله في الاستبراء بغير يمين، وقيل: لا يقبل قوله إلَّا بيمين)(6).

[ز: 533/ ب] والأصل في ذلك قوله ﷺ [ك: 86/ ب]: «**مَا مِنْ نَسَمَةٍ كَائِنَةٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، إِلَّا هِيَ كَائِنَةٌ**»، خرجه مسلم(7)، وقد تقدَّم.

= وقوله: (فأما من وطء أمة بملك... وإن كرهت) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 581.

(1) التفريع (الغرب): 2/ 46 و(العلمية): 1/ 394.

(2) رواه مسلم: 2/ 1061، في باب حكم العزل، من كتاب النكاح، برقم (1438) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(3) في (ك): (بوجود).

(4) في (ز): (الأشياء).

(5) كلمتا (أقرَّ بوطء) يقابلهما في (ز): (أقرَّ الرجل بوطء)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) التفريع (الغرب): 2/ 46 و(العلمية): 1/ 394.

(7) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: 4/ 857، في باب ما جاء في العزل، من كتاب الطلاق، برقم (527). =

ورُوي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ما بال رجالٍ يطؤون ولائدهم ويدعونهن يخرجن، لا تأتيني وليدة يعترف سيدها بوطئها إلا ألحقتُ به ولدها»[1].

قال نافع[2]: فهذا قضاء من عمر رضي الله عنه بإلحاق الولد[3].

إذا ثبت هذا، فمَنْ أقر بوطء أمته؛ لحق به ولدها، وسواء كان يعزل عنها أو لا يعزل.

قال اللخمي: إلا أن ينزل في الدبر، أو بين الفخذين؛ فإن في ذلك قولين، فقيل: يلحق به الولد؛ لأن الماء قد يصل إلى الفرج.

وقيل: لا يلحق به؛ لأن الماء إذا باشر الهواء فسد.

قال اللخمي: والقول بأنه يلحق به الولد أحسن؛ لأن القول بأن الماء يفسد مظنون؛ فلا يفسد الولد بشيء مظنون.

قال: وإن كان الإنزال بين شفري الفرج؛ لحق به الولد قولًا واحدًا[4].

واختُلف هل يُقبل قوله في الاستبراء بيمين؟ أو بغير يمين؟

فقال مالك: يُقبل قوله بغير يمين.

وقال عبد الملك: لا بدَّ من اليمين.

= والبخاري: 5/ 115، في باب غزوة بني المصطلق، من خزاعة، وهي غزوة المريسيع، من كتاب المغازي، برقم (4138).

ومسلم: 2/ 1062، في باب حكم العزل، من كتاب النكاح، برقم (1438) جميعهم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(1) صحيح، رواه مالك في موطئه: 4/ 1075، في باب القضاء في أمهات الأولاد، من كتاب الأقضية، برقم (2747).

والشافعي في مسنده، ص: 223.

والبيهقي في سننه الكبرى: 7/ 678، برقم (15374)جميعهم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(2) كلمتا (قال نافع) يقابلهما في (ز) و(ك): (قال ابن نافع)، وما أثبتناه موافق لما في المدونة (صادر/ السعادة).

(3) قول نافع بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 3/ 315.

(4) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 4037.

قيل لابن المواز: لِمَ سقطت عنه اليمين؟

قال: لأن ذلك كدعواها العتق، ولا يلزمه في العتق يمين.

قال بعض أصحابنا: وإنما رأى عبد الملك في ذلك اليمين؛ لأنَّ الحرائر يلزمه فيهن اللعان، فجعل اليمين في الأرقاء عوضًا من اليمين في الحرائر[1].

[فيمن ادَّعى على أمته أنها التقطت ولدًا لتلحقه به]

(ولو كانت له أمة يقر بوطئها فأتت بولدٍ، فنفى أن تكون ولدته، وادَّعى أنها لقطته لتلحقه به؛ لم يثبت نسبه إلَّا بشهادة امرأتين على ولادته)[2].

اعلم أن من أقرَّ بوطء أمته، ثم أتت[3] بولدٍ، فنفى أن تكون ولدته، وذكر أنها لقطته لتلحقه به؛ لم يخل من وجهين:

إما أن يدَّعي الاستبراء أو لا يدَّعِيه، فإن أقرَّ بالوطء ولم يدَّع استبراءً؛ لزمه ما أتت به من ولد إذا أقامتْ امرأتين على الولادة، وأتت به لستة أشهر فأكثر من يوم أصابها.

وإن ادَّعى استبراءً وأنكر الولادة، فإن لم يكن معها ولد؛ كان القول قوله مع يمينه إذا ادَّعت عليه العلم، وإن كان غائبًا في الوقت الذي تقول: إنها ولدت فيه؛ لم يحلف.

وقال ابن الماجشون: إذا أقر بوطئها وأنكر الولادة؛ قُبِلَ قولها حيًّا كان سيدها أو ميتًا[4].

---

(1) من قوله: (إذا ثبت هذا، فمن أقر بوطء أمته) إلى قوله: (في الأرقاء عوضًا من اليمين في الحرائر) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

قوله: (واختُلف هل يُقبل قوله في الاستبراء بيمين... في الحرائر) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 141.

(2) في (ز): (ولادتها)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

التفريع (الغرب): 2/ 46 و47 و(العلمية): 1/ 394.

(3) كلمتا (ثم أتت) يقابلهما في (ز): (فأتت).

(4) قوله: (وإن ادَّعى استبراءً وأنكر الولادة... سيدها أو ميتًا) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 4033.

ووجهه هو أنه لما أقرَّ بالوطء، فقد أودع الأمة الولد[1]؛ لأنَّ الوطء مظنة الحمل، فهي مصدَّقةٌ أن هذه وديعتك، ولم تصدَّق في القول الأول؛ لأنها متهمة في ادِّعائها الحرية[2].

قال [ك: 85/ أ] اللخمي: وأرى أن تُراعى الدلائل التي أجراها الله سبحانه وتعالى في عباده عند الولادة من اللبن في الثدي، ودم النفاس، فوجود ذلك دليلٌ على صدقها، وعدمه دليلٌ على كذبها[3].

[فيمن أقرَّ بالوطء والولادة ونفى الولد]

(وإن أقرَّ بوطئها أو بولادتها[4]، ونفى ولدها، وقال: ليس هو مني؛ لحق به وسقط قوله)[5].

اعلم أن من أقرَّ بوطء أمته وبولادتها، ونفى ولدها، فقال: ليس هو مني، فإن لم يدِّع الاستبراء وأتت به لستة أشهر فأكثر من يوم أقر بوطئها؛ لحق به، وهذا هو الذي أراده ابن الجلَّاب.

وإن ادعى استبراءً، وقال: لم أطأها منذ استبرأتها؛ فهذا لا يلحق به الولد إن أتت به لستة أشهر فأكثر من يوم الاستبراء، وإن أتت به لستة أشهر فأقل[6] من يوم الاستبراء؛ لحق به الولد.

---

(1) كلمتا (الأمة الولد) يقابلهما في (ز): (الولد الأمة) بتقديم وتأخير.

(2) قوله: (ووجهه هو: أنه... الحرية) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 6/ 148.

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 7/ 4034.

(4) كلمتا (أو بولادتها) يقابلهما في (ز): (وولادتها).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 47 و(العلمية): 1/ 394.

(6) عبارة (فأكثر من يوم الاستبراء... أشهر فأقل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(وإذا عقد الرجلُ النكاحَ على زوجة حرة أو أمة[1]، وأمكنه وطؤها، ثم أتت بولد لِمَا تلد النساء لمثله بعد عقده؛ لحق[2] به، ولم تحتج المرأةُ إلى الشهادة[3] على الولادة، وهي في ذلك[4] بخلاف الأمة)[5].

وإنما قال ذلك؛ لأن الحرَّة إنما تُراد للوطء خاصَّة؛ [ز: 534/ أ] فالعقد عليها يتنزل منزلة وطئها لمَّا كان هو المقصود، والأمة تُشترَى[6] لأشياء كثيرة غير الوطء، فلم يجعل العقد عليها يصيِّرها[7] فراشًا، فإذا حصل الوطء ساوت الحرَّة فكانت فراشًا.

وهذا التعليل قاد بعض شيوخنا إلى أنْ زعم أن الشاب العزب إذا اشترى جاريةً عليَّة لا تُراد غالبًا إلَّا للتسري، وفهم أن ذلك غرضه منها[وظهر من الحال أنه سَلَك بِهَا مسلك السرية][8]؛ فإنها تكون فراشًا، وإن لم يثبت وطؤها، ورأى أن هذه الأوصاف تُلحقها بالحرة[9].

وإنما لم تحتج الحرَّة إلى بينة[10] على الولادة؛ لأنها مؤتمنة على فرجها.



(1) عبارة (زوجة حرة أو أمة) يقابلها في (ز): (امرأة)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.
(2) كلمتا (عقده لحق) يقابلهما في (ز): (عقده النكاح؛ لحق)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.
(3) في (ز): (بينة).
(4) كلمة (وهي في ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.
(5) التفريع (الغرب): 2/ 47 و(العلمية): 1/ 394.
(6) في (ز): (تُسترَق).
(7) كلمة (يصيِّرها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).
(8) ما بين المعكوفتين زيادة من معلم المازري.
(9) قوله: (لأن الحرَّة إنما تُراد للوطء خاصَّة... بالحرة) بنصِّه في المعلم، للمازري: 2/ 171.
(10) كلمتا (إلى بينة) يقابلهما في (ك): (البينة).

باب العيوب التي تُوجب الرَّد في النكاح[1]

(والعيوب التي تُوجِب الرد في النكاح أربعة الجنون والجذام والبرص وداء الفرج وهو القرن والرتق والبخر والإفضاء وهو أن يكون المسلكان واحدًا)[2].

والأصل في ذلك ما رُوِيَ عن النبي ﷺ أنه تزوَّج امرأةً من بني غفار[3]، فوجد بكشحها بياضًا فردَّها، وقال: «**دَلَّسْتُمْ عَلَيَّ**»[4].

ورُوِيَ عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما رأيا ردَّ المرأة من العيوب الأربع، وهي: الجنون والجذام والبرص وداء الفرج[5].

ولأنها عيوب تؤثر في استيفاء الاستمتاع؛ فوَجَبَ أن يثبت معها الخيار.

أصله: العنة والجب[6].

إذا ثبت هذا فللرجل ردُّ المرأة من العيوب الأربع.

أما الجنون فترد به المرأة، وإن كان صَرَعًا في بعض [ك: 85/ ب] الأوقات[7].

قال الأبهري: لأنه لا يمكن معه القرار.

وأما الجذام فتردُّ من قليله وكثيره[8].

قال الأبهري: لأن ضرره يعظُم[9].

---

(1) جملة (باب العيوب التي تُوجب الرَّد في النكاح) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) التفريع (الغرب): 2/ 47 و(العلمية): 1/ 394 و395.

(3) في (ز) و(ك): (بياضة).

(4) ضعيف جدًا، رواه البيهقي في سننه الكبرى: 7/ 348، برقم (14219) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(5) رواه عبد الرزاق في مصنفه: 6/ 243، برقم (10677) عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وبرقم (10678) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(6) قوله: (والأصل في ذلك ما رُوي عن النبي ﷺ أنه... العنة والجب) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 711 و712 والمعونة، لعبد الوهاب: 1/ 513.

(7) قوله: (أما الجنون؛ فترد به المرأة... الأوقات) بنصِّه في التبصرة، للخمي(بتحقيقنا): 4/ 1894.

(8) قوله: (وأما الجذام؛ فتردُّ من قليله وكثيره) بنحوه في التبصرة، للخمي(بتحقيقنا): 4/ 1894.

(9) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه ولم يعزه إليه ابن يونس في جامعه (بتحقيقنا): =

واختُلف في البرص، فقال مالك: تُرد به[1].

قال الأبهري: لأنه يمنع من الالتذاذ بها، ودوامه.

قال ابن المواز: وسواءٌ كان البرص الذي بالمرأة قليلًا أو كثيرًا[2].

وقال ابن القاسم في "العتبية": لو علمتُ فيما خف أنه لا يتزايد؛ لم ترد به[3]، لكنه لا يُعلم ذلك[4].

وفي "مختصر ما ليس في المختصر": يرد النكاح في الجذام والبرص؛ لأنه يخشى أن يحدث ذلك بالآخر، وقلَّ ما يسلم ولدهما[5].

وأما داء الفرج فهو: القرن والرتق والبخر والإفضاء والاستحاضة.

زاد عياض في تنبيهاته: والعَفَل[6].

قال الأبهري: وأما داءُ الفرج؛ فتُرد به المرأة؛ لأنه يمنع الوطء.

وأما القرن فهو مثل القرن الصغير، يكون في الفرج يمنع من[7] الجماع[8].

وأما الرتق فهو انسدادُ المحل[9].

قال ابن المواز: وإذا كان الرتق من قِبَل الختان، فإنه يُبط[10] أحبَّت أو كرهت، إذا =

4/ 297.

(1) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 211 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 443.

(2) قول ابن المواز بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 530 وبنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 295.

(3) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) البيان والتحصيل، لابن رشد: 4/ 318 و319.

(5) قوله: (وفي "مختصر ما ليس في المختصر": يرد النكاح... يسلم ولدهما) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1894.

(6) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 2/ 797.

(7) حرف الجر (من) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(8) قوله: (وأما القرن فهو: مثل القرن الصغير... الجماع) بنحوه في عيون المسائل، لعبد الوهاب، ص: 320 وشرح ابن عبد السلام (بتحقيقنا): 7/ 283 و284.

(9) قوله: (الرتق: فهو انسدادُ المحل) بنصِّه في عيون المجالس، لعبد الوهاب: 3/ 1124.

(10) أبو الحسن المنوفي: قال في المغرب: بطَّ الجُرْحَ شَقَّه بطًّا من باب طَلَب.

=

قال النساء: لا يضرها[1] ذلك، وإن كان[2] خِلقة، فإن رضيت بالبطِّ؛ فلا خيار له، وإن أبتْ؛ فالخيار له[3].

وأما البخر فهو بخر الفرج لا بخر الفم، فهو عيبٌ يوجب الرَّد؛ لأنه عيبٌ[4] يمنع [ز: 534/ ب] الجماع.

وأما الإفضاء، فهو أن يكون المسلكان واحدًا، أعني: مسلك البول والجماع.

وأما الاستحاضة فهو جريان الدم، وهو[5] يمنع من الجماع[6].

وأما العَفَل -فهو بفتح العين المهملة والفاء- فهو: لحم يبرز في الفرج[7].

قال الأبهري: فإذا كان بها هذه الأدواء؛ فله أن[8] يردها ولا مهر عليه، إن لم يطأ؛ لأنه دخل على السلامة، ولم يدخل على العيب؛ فليس عليه المهر، فإن وطئ[9] بعد علمه بهذه الأدواء، أو استمتع[10] بها ما يكون من الاستمتاع؛ فعليه المهر المسمَّى أو المثل إن لم يسمِّ؛ لأنه قد رضي بالنكاح مع العيوب التي فيها، كما يرضى بالسلعة إذا اشتراها وبها عيبٌ إذا علم به؛ فليس له ردُّها.

فإن وطئ قبل أن يعلم بالعيب؛ فله أن يرجع بالمهر على مَن غرَّه، فإن كانت المرأة

= وقال الجوهري: بَطَطْتُ القُرْحَةَ: شَقَقْتُها. اهـ.من شفاء الغليل: 1/ 693.

(1) كلمة (يضرها) يقابلها في (ز): (يضر بها).

(2) في (ك): (كانت).

(3) قول ابن المواز بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 529.

(4) كلمة (عيبٌ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) كلمة (وهو) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) قوله: (وأما الإفضاء، فهو أن يكون المسلكان... من الجماع) بنصِّه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): 4/ 477.

(7) قوله: (وأما العَفَل -فهو بفتح العين... في الفرج) بنصِّه في التبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 2/ 797.

(8) كلمتا (فله أن) يقابلهما في (ز): (فإنه).

(9) جملة (لأنه دخل على السلامة... فإن وطء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(10) كلمتا (أو استمتع) يقابلهما في (ك): (واستمتع).

هي الغارَّة[1]؛ ترك لها ربع دينار، وإن كان الولي هو الغار؛ لم يترك له[2] شيئًا.

وقد تقدَّم الكلام على هذه المسألة في باب ما يسقط الصداق، فأغنى عن إعادته[3].

[فيمن تزوَّج امرأة في عدتها]

(وكذلك لو تزوَّجها وهي في عدة[4] جاهلًا، ثم دخل[5] بها؛ فله ردُّها، وهو بمنزلة العيوب التي ذكرناها)[6].

وهذا فيه نظرٌ؛ لأنَّ العيوب التي ذكر، الزوج فيها مخيَّرٌ بين أن يقيم أو يفارق، بخلاف من [ك: 84/ أ] تزوَّج امرأة في العدة جاهلًا أو عالمـًا؛ فإن النكاح لا بدَّ من فسخه.

وأما قوله: **(وهي بمنزلة العيوب التي ذكرناها)**.

يريد: في الرجوع بالصداق، فإن كان الذي غرَّه الولي؛ رجَعَ عليه بالصداق.

قال الأبهري: لأنه قد مَنَعَه من استدامة الوطء، وإنما بذل الزوجُ الصداق على استدامته، وإن لم يعلم الولي الذي زوَّجها بذلك[7]؛ رجع عليها بالصداق؛ لأنها المدلِّسة والغارَّة، ويترك لها ربع دينار[8] ما يستحلُّ به فرجها.

قال الأبهري: لأن ذلك حقٌّ لله تعالى، ولا ينكحها أبدًا؛ لأنه أصاب في العدة[9].

وسيأتي الكلام على هذه المسألة في موضعها إن شاء الله تعالى.

---

(1) كلمتا (هي الغارَّة) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(2) في (ك): (لها).

(3) انظر النص المحقق: 347/6.

(4) عبارة (وهي في عدة) يقابلها في (ز): (في عدتها).

(5) كلمتا (ثم دخل) يقابلهما في (ز): (ودخل).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 47 و(العلمية): 1/ 395.

(7) عبارة (الذي زوَّجها بذلك) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(8) كلمتا (ربع دينار) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(9) قوله: (وأما قوله: (وهي بمنزلة العيوب... في العدة) بنحوه في الذخيرة، للقرافي: 4/ 425.

[في العيوب التي لا تردُّ بها المرأة]

(ولا تُرد المرأة بالعمى ولا بالعور ولا بالسواد ولا إذا كانت ولد زنا[1]، ولا بشيءٍ من العيوب غير ما ذكرنا[2]؛ إلَّا أن يشترط السلامة في ذلك؛ فيكون له الرد بشرطِه)[3].

والأصل في ذلك ما رُوي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما "رأيا ردَّ المرأة من العيوب الأربعة الجنون والجذام والبرص وداء الفرج"[4]؛ فدلَّ على أن غير هذه العيوب لا يمنع الجماع؛ فلذلك لم يكن له رد بخلاف العيوب الأربعة.

قال الأبهري: ولأن هذه الأشياء ظاهرة يمكن للزوج أن يسأل عنها، فليس له أن يردها إلا أن يشترط السلامة فيوجد على خلاف ذلك[5]، فيرجع على من غرَّه بالصداق[6] على التفصيل المتقدم.

قال ابن حبيب: وتُرد بالسواد إذا كانت من أهل بيت لا سواد فيهم[7].

قال اللخمي: وأرى أن تُرد الصغيرة مثل ابنة [ز: 535/ أ] أربع سنين، أو خمس؛ لأن الوطء فيها ممتنعٌ، فهي في ذلك كالرتقاء، وعليه في الصبر[8] إلى[9] أن تبلغ مَضَرة، وإن كان الوقت الذي تصلح فيه لذلك لا يدرك في الصبر إليه مضرة؛ لم ترد.

---

(1) في (ك): (الزنا).

(2) عبارة (غير ما ذكرنا) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) كلمة (بشرطه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع. والتفريع (الغرب): 2/ 47 و(العلمية): 1/ 395.

(4) قوله: (رُوي عن عمر وعلي أنهما رأيا... وداء الفرج) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 211 و212.

(5) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه ولم يعزه إليه ابن يونس في جامعه (بتحقيقنا): 4/ 297.

(6) جملة (السلامة فيوجد على خلاف... غرَّه بالصداق) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) قول ابن حبيب لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه وعزاه إليه ابن أبي زيد في النوادر والزيادات: 4/ 531.

(8) في (ز): (الصبية)، وما رجحناه موافق لما في تبصرة اللخمي.

(9) حرف الجر (إلى) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

وقد تكون لهم عادة في الصبر ما بين العقد والابتناء؛ كالسنتين والثلاث مما يرى أن هذه تصلح حينئذٍ للابتناء؛ فلا ترد[1].

[العيوب التي يرد بها الرجل]

(وللمرأة ردُّ الرجل بالجنون والجذام والعِنَّة)[2].

اعلم أن للمرأة ردُّ الرجل بالجنون كما له ردها بالجنون؛ لأنه يفوتها مقاصدها من الجماع، كما يفوت عليه[3] مقاصده من الجماع إذا كان الجنون بها[4]؛ لأن لها حقًّا في الاستمتاع[5].

قال اللخمي: ويرد من قليلِه وكثيرِه كان مطبقًا، أو في رأس كل شهرٍ ويسلم فيما بين ذلك.

قال: وكذلك لها رد الرجل بالجذام.

قال اللخمي: يريد من قليله وكثيره؛ لأنه يخشى أن يحدث ذلك بالآخر، [ك: 84/ ب] ولأنه لا تطيب نفس الواطئ ولا الموطوءة، وقلَّ ما يسلم ولدهما[6].

وكذلك لها رد الرجل بالعنَّة؛ لأنها من جملة عيوب الفرج، كما للرجل أن يرد المرأة بعيوب الفرج؛ لأن لها حقًّا في الاستمتاع، فإذا وجدت مانعًا منه؛ كان لها الخيار في البقاء والرد[7].

قال الأبهري: وإنما قلنا: للمرأةِ ردُّ الرجل بالجنون والجذام والعنَّة من قِبَل أن لها

---

(1) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1893.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 47 و(العلمية): 1/ 395.

(3) كلمتا (يفوت عليه) يقابلهما في (ز): (له ردها بالجنون لمَّا كانت تفوِّته).

(4) عبارة (إذا كان الجنون بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) قوله: (للمرأة رد الرجل بالجنون كما له... الاستمتاع) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 515 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 298.

(6) جملة (لها رد الرجل بالجذام... ولدهما) يقابلها في (ز): (لو حدث بعد العقد وقبل الدخول). والتبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1900 و1901.

(7) قوله: (وكذلك لها رد الرجل بالعنَّة... البقاء والرد) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 515.

حقًّا في الوطء على الرجل، كما للرجل على المرأة، قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 228]، فلمَّا كان للرجل[1] أن يردَّ المرأة إذا وجد بها عيبًا، فكذلك المرأة.

ولا فرقَ بين الرجل والمرأة في ذلك إذا دخلا على السلامة.

واختُلف في العِنين ما هو؟

فقال مالك: هو الذي لا ينتشر له ذكر، ولا يستطيع به الجماع[2].

وقال عبد الوهاب: العِنين الذي له ذكرٌ صغير لا يستطيع به[3] الجماع؛ لصغره[4].

واختُلِفَ في الخصي القائم الذكر، قال مالك: يرد، وقال سحنون: لا يرد؛ لأنه بمنزلة من كان عقيمًا[5].

قال مالك: ولا ترد المرأة إذا كانت عاقرًا ولا الرجل إذا كان عقيمًا.

قال الأبهري: وإنما قال ذلك؛ لأن ذلك ليس بعيب، ولا هو شيء يمنع من الوطء، وإنما لكل واحدٍ من الزوجين أن يرد إذا كان بهما ما يمنع الوطء[6].

(واختلف قوله في البرص، فذكر عنه في ذلك روايتان:
إحداهما أنه يرد به كما ترد المرأة.
والأخرى أنه لا يرد به[7] بخلاف المرأة)[8].

اختُلف في البرص يوجدُ بالرجل هل يُرد به كما تُرد المرأة؟ أم لا؟

---

(1) جملة (على المرأة، قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ﴾... للرجل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) قول الإمام مالك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 538**.

(3) كلمة (به) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 517**.

(5) قوله: (واختُلف في الخصي القائم الذكر... كان عقيمًا) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1902**.

(6) جملة (واختُلف في الخصي القائم الذكر... يمنع الوطء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) التفريع (الغرب): **2/ 47** و(العلمية): **1/ 395** و**396**.

فروى ابن القاسم عن مالك أنه قال: يرد به إن كان قبل التزويج[1]؛ قليلاً كان أو كثيرًا[2].

وقال ابن حبيب: ما كان به[3] قبل العقد؛ فإنه يُرد به، وإن لم يكن فاحشًا، وما حدث به بعد العقد؛ فلا خيار لها فيه؛ إلَّا أن يكون فاحشًا مؤذيًا، وقاله مالك وأصحابه[4].

وقال في "المدونة": والأجذم البيِّن جذامه يفرَّق بينه وبين امرأته، وأما الأبرص؛ فلا[5].

وذكر ابن الجلَّاب في ذلك روايتين:

إحداهما أنه يرد به كما ترد المرأة.

والرواية الأخرى أنه لا يرد به بخلاف المرأة.

فوجه القول -بأن لها أن ترد به-: فلأنَّ في إقامتها معه كذلك ضررًا عليها.

قال الأبهري: ولها أن تُزيل عن نفسها الضرر في هذا النكاح، كما لها أن تُزيل ما هو أيسر منه، وهو إذا امتنع الزوج من الوطء في الإيلاء.

وكذلك لها أن تُزيل الضرر عن نفسها إذا كان عنينًا.

وكذلك [ز: 535/ ب] [ك: 83/ أ] إذا لم يقدر على نفقتها، فلمَّا كان لها أن تُزيل الضرر بهذه الأشياء وإن كانت أيسر من البرص؛ كان لها أن تُزيل ضرر البرص عن نفسها وتفارق زوجها إن شاءت.

ووجه التفرقة بين الرجل والمرأة في البرص هو أنَّ المرأة يُراد منها الاستمتاع والالتذاذ، فإذا كان بها برص؛ امتنع الرجل من ذلك، وليس كذلك المرأة في الرجل؛ لأنَّ

---

(1) قول ابن القاسم بنحوه في البيان والتحصيل، لابن رشد: 4/ 319.

(2) قوله: (قليلاً كان أو كثيرًا) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1901.

(3) كلمة (به) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) قول ابن حبيب لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه وعزاه إليه اللخمي في تبصرته (بتحقيقنا): 4/ 1901.

(5) المدونة (صادر/ السعادة): 4/ 173 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 3/ 64.

المرأة لا تريد من الرجل ما يريد هو منها - أعني: في الزي والتنظيف والتجمل- من الأبهري[1].

[الفرقة من العيوب تطليقة واحدة]

(فإن اختارت فراقه قبل الدخول بها؛ فلا صداق لها إلا في العنِّين وحدَه؛ لأنه غارٌّ[2] لها.

فإن اختارت فراقه بعد الدخول بها، ولم تكن علمت بعنته؛ فلها الصداق كله[3].

والفرقة في هذه المسائل كلها بتطليقة واحدة، فإن تزوَّجها بعد ذلك؛ كانت عنده على تطليقتين)[4].

اعلم أن من تزوَّج امرأةً ثم علمت به عيبًا واختارتْ فراقه، فلا يخلو إما أن يكون ذلك قبل الدخول أو بعده، فإن كان قبل الدخول؛ فلا صداقَ لها؛ لأنَّ سلعتها بيدها، والفسخ جاء من قِبَلها، إلَّا في العنين وحده؛ لأنه غارٌّ لها، وإن كان بعد الدخول؛ فلها الصداق كلُّه؛ لاستمتاعه بها.

قال الأبهري: لأنها قد استحقَّته بالوطء، ولأنَّ زوجها على ذلك دخل، فليس له أن يرجع عليها بشيءٍ من الصداق.

قال مالك: وإنما لها أن تفارق بطلقةٍ واحدة بائنةٍ لا بأكثر منها، ويتوارثان قبل أن تختار فراقه، فإن فارقته بعد أن دخل بها؛ فعليها العدة[5].

قال مالك: ومن علم من وليته فاحشة؛ فلا يُعلم بذلك خطابها، ولا ترد بذلك على وليها[6].

---

(1) جملة (ووجه التفرقة بين الرجل والمرأة... الأبهري) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) في طبعة دار الغرب: (عارٌ)، وفي طبعة العلمية: (عذر).

(3) في (ز): (كاملًا).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 47 و48 و(العلمية): 1/ 395 و396.

(5) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 444 و445.

(6) قول الإمام مالك بنحوه في البيان والتحصيل، لابن رشد: 4/ 262.

قال الأبهري: وإنما قال ذلك؛ لأنَّ على الولي أن يستر ذلك عليها، وعليها هي - أيضًا- أن تستر ذلك على نفسها؛ لأن الإنسان مأمورٌ بستر الفاحش على نفسه وعلى أهله؛ لقوله ﷺ: «**من بلي بشيء مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ؛ فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللهِ تعالى، فَإِنَّهُ مَنْ يُبْدِلْنَا صَفْحَتَهُ نُقِمْ عَلَيْهِ حد اللهِ** ﷻ»[1]؛ فلهذه العلة وجب ألَّا تذكر المرأة ولا وليها ذلك[2]؛ لأن في إظهار ذلك عارٌ.

وليس كذلك سائر الأدواء التي لا صُنع لها فيها؛ لأنه ليس في إظهارها عيبٌ ولا معرة، فمتى كتموا ذلك؛ فقد دلسوا[3].



(1) صحيح، رواه مالك في موطئه: 5/ 1205، في كتاب الرجم والحدود، برقم (632) عن زيد بن أسلم.

والحاكم في مستدركه: 4/ 272، في كتاب التوبة والإنابة، برقم (7615)- بإسناده قال عنه: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(2) قوله: (لأن على الولي أن يستر ذلك عليها... وليها ذلك) بنحوه في البيان والتحصيل، لابن رشد: 4/ 262.

(3) من قوله: (قال مالك: ومن علم من وليته فاحشة) إلى قوله: (فمتى كتموا ذلك؛ فقد دلسوا) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

بابٌ في نكاح الشغار

(ونكاح الشغار باطلٌ، ويُفسخ قبل الدخول وبعده. [ك: 83/ ب]
وقد اختُلف في فسخه، هل هو فسخ أو طلاق؟ فإن فسخ قبل الدخول؛ فليس فيه صداق، وإن فسخ بعد الدخول؛ استحقَّ فيه صداق المثل.
فإن سمَّى لإحداهما صداقًا، ولم يسمِّ للأخرى؛ فسخ نكاح التي لم يسمِّ لها صداقًا[1] قبل الدخول وبعده، وفسخ[2] نكاح المسمَّى لها قبل الدخول استحبابًا، وثبت بعد الدخول، ووجب[3] لها صداق المثل)[4].

والأصل في ذلك ما خرجه مسلم[5] عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**لَا شِغَارَ فِي الْإِسْلَامِ**»[6]، وعنه أن النبي ﷺ نَهَى عَنِ نكاح الشِّغَارِ، وَالشِّغَارُ أَنْ يُزَوِّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ، عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ ابْنَتَهُ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا صَدَاقٌ خرَّجه مسلم أيضًا[7].

والتفسير لنافع مولى ابن عمر.

والشغار في اللغة: الرفع.

يقال: شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول[8]، ....

---

(1) كلمة (صداقًا) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) في (ز): (وثبت)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) في (ز): (وكان).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 48 و(العلمية): 1/ 397.

(5) كلمتا (خرجه مسلم) يقابلهما في (ز): (رُوي).

(6) رواه مسلم: 2/ 1035، في باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، من كتاب النكاح، برقم (1415) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(7) متفق على صحته، رواه مالك في موطئه: 3/ 766، في باب جامع ما لا يجوز من النكاح، من كتاب النكاح، برقم (501).
والبخاري: 7/ 12، في باب الشغار، من كتاب النكاح، برقم (5112).
ومسلم: 2/ 1034، في باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، من كتاب النكاح، برقم (1415)، جميعهم عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(8) قوله: (والشغار في اللغة: الرفع... رجله ليبول) بنصِّه في تهذيب اللغة، للهروي: 8/ 41.

وبلد شاغر إذا ارتفع سلطانه[1]، وله ثلاث صور:

إحداها أن يقول الرجل للرجل: زوِّجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي، وليس بينهما صداق.

والصورة الثانية[2] أن يقول له: زوِّجني ابنتك بمائةٍ على أن أزوِّجك ابنتي بمائة.

والثالثة أن يقول له: زوِّجني ابنتك بمائة على أن أزوِّجك ابنتي بغير شيء[3].

أما الأولى، فقال مالك فيها: يُفسخ النكاح قبل الدخول وبعده، وإن [ز: **536**/ أ] ولدت الأولاد ورضياه، وللمدخول بها صداق المثل، ولا شيء لغير المدخول بها[4].

وروى علي بن زياد عن مالك أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، ويكون لها صداق المثل[5].

وقال أبو حنيفة في نكاح الشغار إنه يصح ويكون فيه مهر المثل.

ودليلنا نهيُ النبي ﷺ عن نكاح الشغار[6].

قال الأبهري: فوجب أن يكون مفسوخًا؛ لأنه عقدٌ على خلاف ما أذن فيه رسول الله ﷺ، كما وجب أن يفسخ ما وقع في العدة والإحرام، أو كان إلى أجل.

وقد روى القاسم بن محمد عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: **«مَنْ أَحْدَثَ فِي أمرنا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدٌّ»**[7].

قال المازري: وعلَّل ذلك بعض العلماء بأنه يصير المعقود به معقودًا عليه؛ لأنَّ

---

(1) قوله: (وبلد شاغر إذا ارتفع سلطانه) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 209**.

(2) كلمتا (والصورة الثانية) يقابلهما في (ك): (والثانية).

(3) قوله: (وله ثلاث صور: إحداها: أن... بغير شيء) بنصِّه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): **4/ 400** و**401**.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 412**.

(5) قوله: (وروى علي بن زياد عن مالك أنه... صداق المثل) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 209** وبنصِّه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): **4/ 401**.

(6) قوله: (وقال أبو حنيفة في نكاح الشغار: إنه... نكاح الشغار) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 710**.

(7) تقدم تخريجه في نكاح السر من كتاب النكاح: **292/6**.

الفرجين كل واحدٍ منهما معقود به ومعقود عليه، وعلى هذه الطريقة يكون فساده في عقده، فيفسخ قبل البناء وبعده.

وزعم بعضهم أن ذلك يرجع لفساد الصداق، وأنه[1] كمن تزوَّج بغير صداق، وعلى هذا يمضي بالدخول[2]، وهي رواية علي بن زياد عن مالك[3].

واختُلف هل هو فسخ أو طلاق؟ فقال مالك: يفسخ بطلاق؛ لاختلاف الناس فيه[4].

قال سحنون: والذي عليه أكثر الرواة أن كل نكاح كانا [ك: 82/ أ] مغلوبين على فسخه، فالفسخ فيه بغير طلاق، ولا ميراث فيه.

قال: وقد ثبت من نهي النبي ﷺ عن الشغار ما لا يحتاج فيه إلى حجة[5]، فإن فسخ قبل البناء؛ فلا صداق فيه.

واختُلِفَ إذا فسخ قبل البناء هل يكون فيه صداق المثل؟ أو المسمَّى؟

قال الأبهري: فإن قيل: فلم لا يبطل الصداق ويصح العقد كما يفعل ذلك في المهر إذا كان فاسدًا ودخل؟

قيل له: الصداق منفرد عن العقد غير متعلق به، فإذا بطل الصداق؛ لم يبطل العقد؛ لأن كل واحد منهما غير صاحبه، وليس كذلك عقد الشغار؛ لأنَّ كل واحدٍ من البضعين بإزاء صاحبه قد جعل صداقًا للأخرى، ليس ينفرد البضع عن الصداق، ولا المعقود عليه عن الصداق هما واحد، فإذا بطل الصداق؛ بطل العقد.

وأما الصورة الثانية، فقال مالك: هي من ناحية الشغار، فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده، ويكون لكل واحدٍ منهما الأكثر من التسمية أو صداق المثل، وليس هذا بصريح الشغار؛ إلَّا أن بعض الصداق لا يجوز، فصار كمَنْ نكح بمائة دينار وبخمر؛ فإنه يفسخ

---

(1) كلمة (وأنه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(2) هنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز(ز) والذي يقدَّر بنحو نصف لوحة.

(3) المعلم، للمازري: 4/ 559.

(4) قوله: (لاختلاف الناس فيه) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 209.

(5) قول سحنون بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 153 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 19.

قبل البناء ويثبت بعده، ويكون لها صداق المثل(1).

وأما الصورة الثالثة، فإن لم يدخلا؛ فسخ نكاحهما جميعًا، وإن دخلا؛ ثبت نكاح المسمَّى لها، وفسخ نكاح الأخرى، وكان لكل واحدة صداق المثل(2).



(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 413**.

(2) ههنا انتهى السقط المشار إليه آنفًا من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والمقدَّر بنحو نصف لوحة.

قوله: (فإن لم يدخلا؛ فسخ نكاحهما... صداق المثل) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **1/ 413**.

بابُ نكاح المتعة

(ونكاح المتعة باطلٌ، وهو أن يقول الرجل للمرأة: متِّعيني بنفسك يومًا أو شهرًا، أو مدةً من الزمان معلومة بكذا وكذا.

والفُرقة في ذلك فسخٌ بغير طلاق؛ قبل الدخول وبعده.

ويجب فيه [بعد الدخول](1) صداق المثل إلَّا أن تكون هناك تسمية، فيجب المسمَّى، ويسقط الحدُّ، ويُلحق الولد وعليها العِدة كاملة(2).

وكذلك نكاح النهارية، وهي التي تنكح على أنها تأتي زوجها نهارًا ولا تأتيه ليلًا، والحد فيه ساقطٌ، والمهر فيه(3) لازم، والولد لاحق والعدة واجبة)(4).

والأصل في ذلك ما خرجه مسلم عن سبرة بن معبد رضي الله عنه أنه كان مع رسول الله ﷺ، فقال: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ، إِنِّي قَدْ كُنْتُ أَذِنْتُ لَكُمْ فِي الِاسْتِمْتَاعِ مِنَ النِّسَاءِ، وَإِنَّ اللهَ قَدْ حَرَّمَ ذَلِكَ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، فَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ مِنْهُنَّ شَيْءٌ فَلْيُخَلِّ سَبِيلَهُ، وَلَا تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا»(5).

قال المازري: وتقرَّر الإجماع [ك: 82/ ب] على منعه، ولم يخالف فيه(6) أحدٌ(7) إلَّا طائفة من المبتدعة(8).

قال الأبهري: فأما ما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما في المتعة فإنه رجعَ عنه(9).

---

(1) كلمتا (بعد الدخول) ساقطتان من (ز) و(ك)، وقد أتينا بهما من طبعتي التفريع.

(2) كلمة (كاملة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(3) كلمة (فيه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 48 و49 و(العلمية): 1/ 397 و398.

(5) رواه مسلم: 2/ 1025، في باب نكاح المتعة، وبيان أنه أبيح، ثم نسخ، ثم أبيح، ثم نسخ، واستقر تحريمه إلى يوم القيامة، من كتابالنكاح، برقم (1406) عن سبرة بن معبد الجهني رضي الله عنه.

(6) كلمة (فيه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(7) كلمة (أحد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) المعلم، للمازري: 2/ 130.

(9) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه وعزاه إليه الفاكهاني في التحرير والتحبير (بتحقيقنا): =

إذا ثبت هذا فيفسخ قبل البناء وبعده بغير طلاق؛ لأنه نكاحٌ هما مغلوبان على فسخه، ويجب فيه المسمَّى؛ لأنَّ فساده في عقده[1].

وأما سقوط الحد ولحوق الولد ووجوب العدة؛ فلشُبهة عقد النكاح.

وأما قوله: **(وكذلك نكاح النهارية)** فلأنَّ النكاح يجب أن يكون مطلقًا، ولا يكون مؤقتًا في وقتٍ دون وقت من ليل أو نهار، فإن اشترطت المجيء إليه في وقتٍ دون وقت؛ كان [ز: **536**/ ب] النكاح فاسدًا؛ لأنه قد يحتاج إليها[2] في وقت لا يقدر عليها فيه، وذلك غير جائز في النكاح، والفُرقة ههنا فسخٌ بغير طلاق. من الأبهري.



=

.**403 /4**

(1) قوله: (ويجب فيه المسمَّى؛ لأن فساده في عقده) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1858**.

(2) كلمة (إليها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

باب الاجتماع في خطبة النكاح

(ولا بأس أن يخطب جماعةٌ امرأةً[1] مجتمعين ومفترقين ما لم توافق واحدًا منهم وتسكُن إليه.

فإن وافقت واحدًا منهم وسكنتْ إليه؛ لم يجز لغيره أن يخطبها حتى يعدل الأول عنها ويتركها، فيجوز حينئذٍ[2] لغيره أن يخطبها.

فإن[3] خطب[4] على خطبته، وعقد النكاح على ذلك وثبت عليه؛ فسخ نكاحه قبل الدخول بها[5] وبعده، ولها بعد الدخول المهر، وعليها العدة.

فإن فسخ قبل الدخول؛ فلا مهر لها ولا عدَّة عليها)[6].

والأصل في ذلك ما خرَّجه مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا يَبِعِ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ**»[7].

وذلك محمولٌ عند أهل العلم إذا حصل التراكن[8]؛ بدليل حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها لما أتت النبي ﷺ وأعلمته أن أبا جهم ومعاوية رضي الله عنهما خطباها، فقال لها النبي ﷺ: «**أَمَّا أَبُو جَهْمٍ، فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ**»، ومعناه: أنه كثير الأسفار، «**وَأَمَّا**

---

(1) كلمتا (جماعةٌ امرأةً) يقابلهما في (ك): (المرأة جماعة).

(2) كلمتا (فيجوز حينئذٍ) يقابلهما في (ز): (فحينئذٍ يجوز) بتقديم وتأخير.

(3) كلمتا (يخطبها فإن) يقابلهما في (ك): (يخطبها حتى يعدل الأول عنها ويتركها؛ فيجوز حينئذٍ لغيره أن يخطبها فإن) وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(4) في (ز): (خطبها).

(5) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 49 و(العلمية): 1/ 389 و399.

(7) متفق على صحته، رواه البخاري: 3/ 69، في باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، من كتاب النكاح، برقم (5142).

مسلم: 2/ 1032، في باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه، حتى يأذن أو يترك، من كتاب النكاح، برقم (1412) كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(8) في (ز): (الترايد).

مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ، انْكِحِي أُسَامَةَ»[1]، فلم ينكر اجتماعهما في الخطبة، وعلَّة النهي الضرر[2].

لأنه لا يشاء أحدٌ أن يُفسد على غيره ويؤذيه إلا تركه يخطب حتى إذا لم يبق له إلَّا التعاقد جاء فأفسد عليه[3].

قال الأبهري: فمتى[4] خطب بعد الركون والموافقة؛ فسخ النكاح؛ لأنه أوقعه على خلاف ما أمر الله ﷻ به ورسوله[5] ﷺ؛ فوجب فسخه كما فسخ بيع الغرر، ونكاح المتعة، والنكاح في العدَّة، وما أشبه هذه العقود [ك: 81/ أ] التي نهى رسول الله ﷺ عنها.

فأما إذا لم تنعم إليه ولم تركن إليه؛ فلا بأس بذلك[6].

قال الأبهري: ولو امتنع الناسُ من الخطبة والسَّوم في البيع من غير ركون ولا موافقة؛ لأضرَّ ذلك بالناس.

[الشرط الذي مع الصداق؛ حكمه حكم الصداق]

(ومن تزوَّج امرأةً بصداق مسمًّى، وشرَطَ عليه وليها مع الصداق كسوةً أو حليًّا أو خادمًا[7]، أو غير ذلك؛ فجميع ما شرط عليه مع الصداق حكمه حكم الصداق، وللمرأة مطالبته به قبل الدخول وبعده.

---

(1) رواه مالك في موطئه: 4/ 836، في باب ما جاء في نفقة المطلقة، من كتاب الطلاق، برقم (519).
ومسلم: 2/ 1114، في باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها، من كتاب الطلاق، برقم (1480).
وأبو داود: 2/ 285، في باب نفقة المبتوتة، من كتاب الطلاق، برقم (2284)، جميعهم عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها.

(2) قوله: (والأصل في ذلك ما خرجه مسلم... النهي الضرر) بنصِّه في المعلم، للمازري: 2/ 138.

(3) قوله: (لأنه لا يشاء أحدٌ أن يُفسد... فأفسد عليه) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 505.

(4) في (ز): (فإن).

(5) كلمتا (به ورسوله) يقابلهما في (ز): (رسوله).

(6) قوله: (فأما إذا لم تنعم إليه... بأس بذلك) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 504.

(7) في (ز): (حبًّا).

فإن طلَّقها قبل الدخول بها؛ سقط عنه نصفه ولزمه نصفه)[1].

والأصل في ذلك ما رواه عقبة بن عامر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «**إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوَفَّى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ**»، خرجه مسلم[2].

قال الأبهري: وروت عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «**أَيُّمَا امْرَأَةٍ نكِحَتْ عَلَى** [ز: 537/ أ] **صَدَاقٍ أَوْ عِدَةٍ لِأَهْلِهَا فَهُوَ لَهَا ما كَانَ قَبْلَ النِّكَاحِ، وما كان بعد ذلك من حِبَاءٍ فَهُوَ لَهُمْ، وَأَحَقُّ الشروط مَا أُكْرِمَ الرَّجُلُ على ابْنَتِهِ، وَأُخْتِهِ**»[3].

إذا ثبت هذا، فمَنْ تزوَّج امرأة وشرط عليه[4] وليها مع الصداق كسوة أو غيرها؛ فجميع ما شرط عليه حكمه حكم الصداق[5]؛ لأن العقد وقع عليه، واستبيح البضع به.

قال الأبهري: فإن طلَّقها الزوج قبل البناء؛ رجع بنصفه؛ لقوله ﷻ: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾ [البقرة: 237][6].

---

(1) جملة (فإن طلَّقها قبل الدخول... ولزمه نصفه) ساقط من طبعة دار الكتب العلمية.

و التفريع (الغرب): 2/ 49 و50 و(العلمية): 1/ 399.

(2) تقدم تخريجه في باب في المرأة تضع شيئًا من صداقها على ألَّا يتزوج زوجها عليها من كتاب النكاح: 364/6.

(3) ضعيف، رواه أبو داود: 2/ 241، في باب الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئًا، من كتاب النكاح، برقم (2129).

والنسائي: 6/ 120، في باب التزويج على نواة من ذهب، من كتاب النكاح، برقم (3353) كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

والبيهقي في سننه الكبرى: 7/ 404، برقم (14429)، بنحوه من حديث عائشة رضي الله عنها.

(4) في (ك): (عليها) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(5) قوله: (فمن تزوَّج امرأة وشرط عليه... حكم الصداق) بنصِّه في التفريع (الغرب): 2/ 49 و50 و(العلمية): 1/ 399.

(6) جملة (إذا ثبت هذا، فمن تزوَّج امرأة... مَا فَرَضْتُمْ) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

[هدايا الزوج بعد الطلاق]

(وإن تزوَّجها على صداقٍ مسمًّى، ثم أهدى إليها أو إلى أحدٍ من أهلها هديةً، أو حباه بحبوة، أو صنع به معروفًا، ثم طلَّقها قبل الدخول بها؛ فلا رجعة له في هبته لها ولا لغيرها من أهلها، وهو مفارقٌ لما شَرَطَ عليه مع[1] عقدة[2] النكاح)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنها هديةٌ منه على جهة التبرُّع، فلم يكن له فيها رجوع، وسواء فاتت الهبةُ أو لم تفُت.

قال الأبهري: وليس للمرأة[4] أن تطالبهم بها؛ لأنها ليست بصداق، وإنما هي كرامة لهم، وليس للزوج معاوضة فيها؛ لأنه لم يُرد بذلك المعاوضة، فجرى ذلك مجرى الصدقات[5] والصلات لذوي الأرحام.

[فيمن زاد في صداق امرأته، ثم طلقها أو مات عنها]

(وإن نكحها على صداقٍ، ثم زادها بعد ذلك في صداقها، ثم طلَّقها قبل الدخول بها؛ سقط عنه نصف ما زادها.

وإن مات قبل أن [ك: 81/ ب] يدخل بها؛ لم يجب[6] لها شيء مما زادها، قاله ابن القاسم.

والقياس عندي أن تجبَ لها الزيادة)[7].

اعلم أن من تزوَّج امرأة بصداقٍ مسمًّى، ثم زادها بعد العقد في صداقها، ثم طلَّقها

(1) في طبعة دار الغرب والعلمية: (من).

(2) في (ز): (عقد)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 50 و(العلمية): 1/ 400.

(4) كلمة (للمرأة) يقابلها في (ك): (على المرأة).

(5) في (ز): (الصداق).

(6) كلمة (يجب) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) كلمتا (لها الزيادة) يقابلهما في (ك): (الزيادة لها) بتقديم وتأخير.

والتفريع (الغرب): 2/ 50 و(العلمية): 1/ 400.

قبل الدخول بها؛ سَقَطَ عنه نصف ما زادها.

قال اللخمي: فإن زادها شيئًا ولم يلحقه بالصداق، ثم طلَّق[1] قبل البناء؛ لم يكن له منها شيءٌ بخلاف الأولى؛ لأن الأولى ألحقها بالصداق فكان لها حكمه[2]، وهذه لم يلحقها به؛ بل جعلها هبةً، فكان لها حكم الهبة، والهبة لا رجوع له فيها[3].

واختُلف إذا زادها في صداقها ثم مات؟

فقال ابن القاسم: لا شيء لها من الزيادة[4]؛ لأنها هبة لم تقبض[5].

وقال أبو بكر الأبهري وابن الجلَّاب رضي الله عنهما: القياسُ أن تجب لها الزيادة[6]؛ لأنها[7] لا تخلو إمَّا أن يكون حكمها حكم المهر أو حكم الهبة، فإن كان حكمها حكم المهر[8]؛ وجب استحقاقها بالموت، وإن كان حكمها حكم الهبة؛ وجبَ أن لا يكون للزوج شيءٌ إذا طلَّق قبل الدخول، فلمَّا وجب له نصفها بالطلاق؛ دلَّ على أن حكمها حكم الصداق[9].

---

(1) في (ز): (طلَّقها).

(2) في (ز): (حكمها).

(3) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 1960**.

(4) قوله: (واختُلف إذا زادها في صداقها... الزيادة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 506** و**507**.

(5) قوله: (لأنها هبة لم تقبض) بنصِّه في عيون المجالس، لعبد الوهاب: **3/ 1159**.

(6) كلمتا (لها الزيادة) يقابلهما في (ك): (الزيادة لها) بتقديم وتأخير.

(7) كلمتا (الزيادة؛ لأنها) يقابلهما في (ز): (الزيادة؛ لا لأنها).

(8) جملة (أو حكم الهبة، فإن كان حكمها حكم المهر) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في معونة عبد الوهاب.

(9) قوله: (وقال أبو بكر الأبهري وابن الجلَّاب رضي الله عنهما: القياسُ... حكم الصداق) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 507**.

[العفو عن الصداق]

(ويجوز للثيِّب أن تعفو عن صداقها أو تطالب[1] به زوجها، ولا شيء للولي معها، فأمَّا البكر؛ فإن وليَّها يطالب الزوج[2] بصداقها.

وليس له أن يسقط منه شيئًا[3] إلَّا بإذنها، إلَّا الأب وحدَه، فإن له أن يعفو عن زوج ابنته البكر إذا طلَّقها قبل الدخول بها، فيسقط عنه نصف الصداق الذي استحقته.

وليس له أن يعفو عنه قبل الطلاق[4] ولا بعد الدخول، والصداق ثابتٌ للابنة[5] وملك من أملاكها، ومال من أموالها)[6].

والأصلُ في ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: 237].

[ز: 537/ ب] وقوله: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ يريد به: المرأة الثيِّب، قاله[7] ابن عباس[8] وابن شهاب[9] وربيعة وغيرهم[10].

إذا ثبت هذا فيجوز للمرأة أن تعفوَ عن صداقها؛ لأنه مالٌ من أموالها، وهذا إذا كانت رشيدة، وأما إن كانت سفيهةً؛ فليس لها ذلك؛ لأنَّ السفيه محجورٌ عليه في ماله، وهذا[11] من جملة أموالها.

---

(1) كلمتا (أو تطالب) يقابلها في (ز): (وتطالب).

(2) كلمة (الزوج) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) عبارة (يسقط منه شيئًا) يقابلها في (ز): (يسقطه ولا شيء).

(4) كلمتا (قبل الطلاق) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(5) في (ز): (لابنته).

(6) التفريع (الغرب): 2/ 50 و51 و(العلمية): 1/ 400 و401.

(7) في (ز): (قال).

(8) رواه البيهقي في سننه الكبرى: 7/ 411، برقم (14457) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(9) رواه عبد الرزاق في مصنفه: 6/ 283، برقم (10855) عن ابن شهاب رحمه الله.

(10) قوله: (وقوله: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ يريد به: المرأة... وربيعة وغيرهم) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 160 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 1/ 417.

(11) في (ك): (وهذه).

وأما البِكر؛ فليس لها ذلك؛ لأنها سفيهة، وكذلك الولي إلَّا الأب وحده.

قال ابن القاسم: إلا أن يفعل ذلك نظرًا، مثل أن يعسر الزوج ويسأل التخفيف، ويخاف الولي الفراق ويرى أن مثله رغبة لها؛ فيجوز[1] ذلك إذا رضيت، وما كان على غير هذا؛ [ك: 80/ أ] لم يجز[2].

ولا يجوز ذلك[3] للأب قبل الطلاق، ولا[4] بعد الدخول؛ لأنها لا منفعة لها في ذلك، ولا نظر لها فيه، وإنما يجوز له أن يفعل من ذلك ما هو حظ لها. من الأبهري.

بخلاف ما بعد الطلاق؛ لأن فيه نظرًا لها ومنفعة، وذلك أنه داع إلى رغبة الأزواج فيها[5]؛ لحسن فِعل الأب.

[إسقاط السيد ما شاء من الصداق عن زوج أمته]

(ولسيد الأمة أن يُسقط الصداق عن زوج أمته قبل الطلاق وبعده، وقبل الدخول وبعده[6]؛ لأن مال أمته كماله، له انتزاعه والتصرف فيه، وما لم ينتزعه؛ فهو مالٌ للأمة دونه.

والذي بيده عقدة النكاح عند مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ هو الوليُّ، وهو الأبُ في ابنته البكر في الموضع الذي بيَّناه، والسيد في أمته على ما شرحناه[7]، وليس هو الزوج)[8].

أما قوله: **(ولسيد الأمة أن يُسقط الصداق عن زوج أمته)** فذلك للعلَّة[9] التي

---

(1) كلمتا (لها فيجوز) يقابلهما في (ك): (لها فيه؛ فيجوز)، وما رجحناه موافق لما في تهذيب البراذعي.

(2) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 237 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 16.

(3) جملة (إذا رضيت، وما كان... يجوز ذلك) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) كلمتا (الطلاق ولا) يقابلهما في (ز): (الطلاق، وليس له أن يعفو عنه قبل الطلاق ولا).

(5) قوله: (بخلاف ما بعد الطلاق... فيها) بنحوه في التوضيح، لخليل (بعنايتنا): 4/ 239.

(6) عبارة (وقبل الدخول وبعده) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وما أثبتناه في طبعتي التفريع.

(7) في (ك): (شرطناه)، وما اخترناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(8) التفريع (الغرب): 2/ 51 و(العلمية): 1/ 401.

(9) كلمتا (فذلك للعلة) في (ز): (فالعلَّة).

ذكرناها[1].

وأما قوله: (**والذي بيده عقدة النكاح عند مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ هو الوليُّ، وهو الأب في ابنته البكر في الموضع الذي بيناه، والسيد في أمته على ما شرحناه**[2]).

فالأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: 237]، وهذه كناية للغائب، وافتتاح[3] الخطاب بالمواجهة[4]، فدلَّ على أنه أراد غير الأزواج المواجهين، وليس إلَّا الأب[5].

قال الأبهري[6]: ولأن حمل الآية على هذا الوجه أَوْلَى؛ لاجتماع الفوائد فيها في أن تكون النساء المالكات لأمرهنَّ مندوبات في العفو مثل الأب، والأب[7] والسيد مندوبان[8]، والزوج أيضًا مندوبٌ بقوله تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾؛ لأن مَن خالفنا لا يصير الأولياء مندوبين عنده.

ودليلٌ آخر، وهو أن قوله ﷻ: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ معناهُ: أن يعقد النكاح، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: 235]، معناه: أن تعقدوا النكاح، والزوج ليس[9] بيده بعد الطلاق عقدة نكاح، ولا إليه أن يعقد النكاح[10]، فبطل أن يكون هو المراد، إلَّا أن تحمل[11] الآية على ادِّعاء ضمير فيها، وهو أن يقال:

---

(1) في (ز): (ذكرها).

(2) في (ك): (شرطناه).

(3) كلمة (وافتتاح) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(4) في (ز): (للمواجهة) وفي (ك): (المواجهة)، وما أثبتناه موافق لما في إشراف عبد الوهاب.

(5) قوله: (فالأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟﴾... إلَّا الأب) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 718.

(6) كلمتا (قال الأبهري) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(7) عبارة (في العفو مثل الأب، والأب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) في (ز): (مندوبٌ).

(9) في (ز) و(ك): (فليس)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(10) قوله: (والزوج ليس بيده بعد الطلاق... النكاح) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 718.

(11) في (ك): (يحصل).

أو يعفو الذي كان بيده عقدة النكاح، وحملُ الآيةِ على الظاهر [ز: 538/ أ] أَوْلَى من ادِّعاء ضمير لم تقم عليه دلالة.

فإن قيل: كيف يجوز للأب أن يعفوَ عن الصداق وهو ملكُ غيره، ولو جاز له(1) ذلك؛ لجاز أن(2) يهب مالها ويعتق عبيدها، وغير ذلك مما يتلف مالها، [ك: 80/ ب] فلمَّا لم يجز ما ذكرناه بإجماع؛ فكذلك لا يجوز له أن يعفوَ عن شيءٍ من صداقها!

قيل له: الصداق مخالفٌ لما ذكرت من قِبَل أن له أن يعقد عليها جبرًا، فلمَّا كان له ذلك في عقد النكاح عليها صغيرةً كانت أو كبيرة، ولم يكن له ذلك في مالها إذا كانت كبيرةً رشيدة عند مخالفنا، فكذلك له أن يضعَ ما قد وجب لها بالعقد؛ إذ هو الموقع له، ولها(3) في ذلك حظٌّ من الرغبة فيها(4)؛ لحسن صنيع الأب لخطَّابها والمتزوِّج بها.

فأما إخراج مالها، فإن كان على غير عوضٍ؛ لم يجز؛ إذ لا حظَّ لها فيه من جهة البدل، فلم يجز ذلك له، وإن كان على عوضٍ؛ جاز؛ لأنه الناظر لها.

وقد روى جرير بن حازم عن(5) عيسى بن عاصم أنه قال: سمعتُ شريحًا يقول(6): سألني علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن الذي بيده عقدة النكاح؟ فقلت: وَلِيُّ الْمَرْأَةِ(7).

وهو قول الشافعي(8) وإبراهيم والحسن وعطاء وعكرمة وطاووس وربيعة والزهري وزيد بن أسلم رضي الله عنهم(9). من الأبهري(10).

---

(1) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) كلمتا (لجاز أن) يقابلهما في (ز): (لجاز لها أن).

(3) كلمة (ولها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) في (ك): (فيه).

(5) عبارة (جرير بن حازم عن) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) في (ك): (قال).

(7) رواه الدارقطني في سننه: 4/ 420، برقم (3713) عن شريح رحمه الله.

(8) في (ز): (الشعبي)، وما رجحناه موافق لما في عيون المسائل.

(9) قوله: (الذي بيده عقدة النكاح... وزيد بن أسلم رضي الله عنهم) بنحوه في عيون المسائل، لعبد الوهاب، ص: 328 وعيون المجالس، لعبد الوهاب: 3/ 1156.

(10) كلمتا (من الأبهري) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

ولأنه وليٌّ يملك الإجبار عليها؛ فجاز له العفو عن صداقها.

أصله: السيد في أمته[1].



(1) قوله: (ولأنه وليٌّ يملك الإجبار عليها... في أمته) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 488**.

بابُ نكاح التفويض

(ونكاح التفويض جائز، وهو أن يتزوَّج الرجل المرأة من وليها[1] ولا يذكران صداقها، فإن أعطاها صداق مثلها؛ لزمها تسليمُ نفسها.

وإن أعطاها أقل من صداق مثلها؛ لم يلزمها تسليم نفسها؛ إلَّا أن ترضى بذلك، فإن طلَّقها قبل الدخول بها[2]؛ فلا صداق لها، ولها المتعة -وسنذكر شرح المتعة للمطلقة[3] بعد هذا- وإن دخل بها؛ فلها صداق مثلها إلَّا أن ترضى بأقل منه)[4].

والأصل في ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: 236]، والفريضةُ ههنا الصداقُ، فأباح تبارك وتعالى النكاح بغير فرض، وأجاز الطلاق فيه، والطلاق لا يقع إلَّا في عقدٍ صحيح، يدل على ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 237].

فدلَّ ذلك على أنه قد يقع الطلاق قبل المسيس والفرض، ولا طلاق إلا في نكاح صحيح، ولأنَّ النكاح لما كان طريقه المواصلة والمكارمة؛ جاز فيه مِن[5] التسامح ما لم يجز في البيع وغيره من عقود المعاوضات المحضة[6].

قال الأبهري: ولا خلاف أعلمُه في جواز عقد النكاح بغير صداق مُسمًّى.

إذا ثبت هذا، فإنْ أعطاها صداق مثلها؛ لزمها تسليم نفسها؛ [ك: 79/ أ] لأنها لما تزوَّجت ولم تذكر صداقًا ولا عيَّنته، فقد دخلت على صداق المثل، فإذا أعطاها [ز:

---

(1) كلمتا (من وليها) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وهما في طبعتي التفريع.

(2) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) كلمتا (المتعة للمطلقة) يقابلهما في (ز): (متعة المطلقات).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 51 و(العلمية): 1/ 401 وما بعدها.

(5) حرف الجر (مِن) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(6) قوله: (والأصل في ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾... المعاوضات المحضة) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 507.

538/ ب] إياه؛ فقد[1] لزمها ووجب عليها أن تسلِّم نفسها.

قال الأبهري: لأن ذلك هو بدل البُضع؛ ألا ترى أنه لو دخل من غير تسمية صداق؛ لم يكن عليه أكثر منه.

قال الأبهري: وصداق المثل هو على حسب دينها وجمالها ومالها بمثل زمانها، لا على نسب[2] نساء عصبتها؛ لأنها قد تخالف عصبتها في هذه الأشياء التي ذكرناها[3].

زاد مالك في "المدونة": وينظر إلى ناحية الزوج -أيضًا- فقد يزوج فقيرًا لقرابته، وأجنبي لماله؛ فليس صداقهما سواء[4].

فإن أعطاها أقل من صداق مثلها؛ لم يلزمها تسليم نفسها؛ لأنها لم تدخل على ذلك.

قال اللخمي: وإذا فرض لها قبل البناء أقل من صداق مثلها؛ كان النظرُ إلى الأب إن كانت بِكرًا[5].

وإن زوَّجها غيرُ الأب فرضيت بأقل من صداق مثلها؛ لم يجز ذلك لها؛ لأنه لا قضاء لها في مالها حتى تدخل بيتها وتعرف مصالح نفسها[6].

فإن طلَّقها قبل الدخول بها؛ فلا صداق لها ولها المتعة[7]؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: 236]، وسيأتي ذكر المتعة بعد هذا إن شاء الله تعالى.

---

(1) كلمة (فقد) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) كلمة (نسب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه ولم يعزه إليه عبد الوهاب في الإشراف: 2/ 716 والتلقين: 1/ 116.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 15.

(5) التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1978.

(6) قوله: (وإن زوَّجها غيرُ الأب فرضيت بأقل... مصالح نفسها) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 163.

(7) قوله: (فإن طلَّقها قبل الدخول... ولها المتعة) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 164.

وإن دخل بها؛ فلها صداق مثلها[1]؛ لأنها قد سلَّمت نفسها وتسلَّم الزوج منها السلعة المبيعة؛ فيجب عليه أن يعطيَها قيمتها، وقيمتها هي صداق مثلها، ولأنه قد استوفى منافع البضع؛ فيجب عليه الصداق[2].

قال ابن حبيب: ولا ينبغي أن يدخل بها في نكاح التفويض، ولا يخلو بها حتى يقدم ربع دينار فأكثر، فإن مسها ثم طلَّق؛ لزمه صداق المثل[3] إلَّا أن ترضى بأقل منه، وهذا إذا كانت ثيبًا؛ لأنَّ الرضا في ذلك لها.

وأما إن كانت بكرًا فزوَّجها أبوها بتفويض، ثم فرض لها الزوج بعد ذلك أقل من صداق مثلها فرضيت؛ لم يكن لها ذلك إلَّا أن يرضى الأب بذلك؛ فيجوز ولا ينظر إلى رضاها مع الأب[4].

(فإن مات أحدهما قبل الدخول والتسمية؛ فللآخر الميراث منه، ولا صداق للمرأة ولا لورثتها)[5].

والأصلُ في ذلك ما رُوي عن ابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما أنهما قالا: لها الميراث، ولا صداق لها[6].

قال مالك: وبيانُ ذلك في كتاب الله عز وجل حيث يقول: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: 236] [ك: 79/ ب]، فإذا طلَّقها؛ لم يكن عليه

---

(1) قوله: (وإن دخل بها؛ فلها صداق مثلها) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 164.

(2) قوله: (ولأنه قد استوفى منافع البضع؛ فيجب عليه الصداق) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 716.

(3) قول ابن حبيب لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه ابن أبي زيد في النوادر والزيادات: 4/ 452.

(4) جملة (قال ابن حبيب: ولا ينبغي أن يدخل بها... مع الأب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

قوله: (إلَّا أن ترضى بأقل منه، وهذا... مع الأب) بنحوه في تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 15 والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 343.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 52 و(العلمية): 1/ 403 و404.

(6) قوله: (رُوي عن ابن عمر وزيد بن ثابت... ولا صداق لها) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 238.

شيء، وكذلك إذا مات؛ لم يكن لها شيء[1].

قال الأبهري: وإنما ثبت لها الميراث؛ لقوله ﷻ: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡتُمۡ إِن لَّمۡ يَكُن لَّكُمۡ وَلَدٌ﴾... الآية [النساء: 12]، وكذلك الزوج له الميراثُ منها إن ماتت المرأة قبل الدخول؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمۡ نِصۡفُ مَا تَرَكَ أَزۡوَٰجُكُمۡ﴾... الآية [النساء: 12]، ولا خلاف في ذلك إذا كان العقدُ صحيحًا واستووا في الدين والحرمة، ولم يكن أحدهما قتل صاحبه عمدًا.

وإنما لم يكن لها صداقٌ إذا لم يدخل ولم[2] يسم لها[3]؛ ولأن الصداق إنما يجب بأحد هذين الأمرين، فإذا لم تكن تسمية أو دخول؛ فلا صداق.

والدليل على صحة ما قلناهُ قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ الآية [البقرة: 236]، فلم يجعل الله تعالى للمرأة صداقًا إذا مات زوجها ولم[4] يُسمِّ، وهو قول علي بن أبي طالب وزيد وابن عباس رحمة الله عليهم[5]، وهو قول عطاء وربيعة والزهري، وابن قسيط وعمر بن عبد العزيز [ز: 539/ أ] وسليمان بن يسار[6].

[فيمن نكح امرأةً نكاح تفويض وهو صحيحٌ ثم مرض]

(وإن نكحها نكاح تفويض وهو صحيحٌ ثم مرض، ففرض لها صداقها وهو مريضٌ، ثم مات قبل الدخول بها؛ فلها الميراث، ولا صداق لها بفرضه؛ لأنها وصية لوارث.

---

(1) قول الإمام مالك بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 341.

(2) في (ز): (ولا).

(3) كلمة (لها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(4) عبارة (مات زوجها ولم) يقابلها في (ك): (لم يدخل بها أو).

(5) رواه الطحاوي في شرح مشكل الآثار: 13/ 351، برقم (5327).

والبيهقي في سننه الكبرى: 7/ 398، برقم (14405) كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(6) قوله: (فلم يجعل الله تعالى للمرأة... يسار) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 238.

فإذا دخل بها في مرضه؛ فلها صداق مثلها من رأس ماله، وإن كان ما سمَّاه أكثر من صداق مثلها؛ فالزيادة على ذلك ساقطة)[1].

اعلم أن من نكح امرأةً نكاح تفويض وهو صحيحٌ ثم مرض، ففرض لها صداقًا وهو مريضٌ، ثم مات من مرضه ذلك قبل أن يدخل بها؛ فليس لها شيءٌ مما فرضه؛ لأنها وصيةٌ لوارث.

قال الأبهري: ولا تجوز الوصية للوارث[2] إلَّا بإذن سائر الورثة، ولها الميراث؛ لأن العقد صحيحٌ.

قال مالك: وإن دخل بها في مرضه؛ فلها صداق مثلها في[3] رأس ماله[4]؛ لأنَّ نكاحه صحيحٌ؛ لأنه أوقعه في الصحَّة، ولها الصداق؛ لحصول استمتاعه بها. من الأبهري.

فإن كان ما[5] سمَّى لها[6] أكثر من صداق مثلها[7]؛ فالزيادة على ذلك ساقطة؛ لأنها وصية لوارث.

قال مالك: إلا أن تكون ذميةً، فيكون لها الزيادة في ثلثه[8].

واختُلِفَ إذا تزوَّج أمةً أو ذميةً وفرض لها في مرضه، ثم مات ولم يدخل بها هل يكون لها شيءٌ مما فرض لها؟ أم لا؟

فقال ابن المواز: [ك: 78/ أ] لها ذلك في ثلثه قلَّ أو كثر، وتحاص به أهل الوصايا.

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 52 و(العلمية): 1/ 404.

(2) في (ز): (لوارث).

(3) في (ز): (من).

(4) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 127.

(5) كلمة (ما) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) كلمتا (سمَّى لها) يقابلهما في (ز): (سماه).

(7) في (ز): (المثل).

(8) قول الإمام مالك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 454.

وقال ابن الماجشون: لا شيءَ لها؛ لأنه لم يسمِّ لها إلا على الإصابة[1].

(ويجوز في نكاح التفويض أن يتزوَّجها على حكمها، أو حكمه، أو حكم وليِّها، أو حكم أجنبي تفوِّض الصداق إليه، ويكون الحكم في ذلك كله على ما بيَّنَّاه.
وتفويض المهر والبضع بمنزلة واحدةٍ، والأمر فيه على ما شرحناه إذا طلَّق قبل البناء[2]؛ فلا شيءَ عليه فوضت المرأة إليه بضعها أو مهرها)[3].

اختُلف فيمن تزوَّج امرأة على حكمها، أو حكم وليِّها، أو حكم أجنبي تفوض الصداق إليه؟

فقال مالك: ومن تزوَّج امرأةً على حكمه، أو حكمها، أو حكم أجنبي، فإن وقع الرضا بالحكم؛ جاز وإلَّا فسخ، ولا شيء لها، ويلزم المرأة النكاح إن فرض الزوج صداق المثل؛ كالتفويض.

قال ابن القاسم: وكنتُ أكره هذا النكاح حتى بلغني أن مالكًا أجازه، فأخذتُ به وتركت رأيي فيه.

وقال غيره: لا يجوز ويفسخ ما لم يفُت بدخول؛ لأنه خرج عن حد ما أرخص فيه من التفويض[4].

وقال عبد الملك في كتاب ابن المواز: يجوز على حكمه كالتفويض، ولا يجوز على حكمها[5].

فوجه الإجازة اعتبارًا بنكاح التفويض.

ووجه الفسخ هو أن التفويض رخصة، فلا يُقاس عليها.

---

(1) قوله: (فقال ابن المواز: لها ذلك في... على الإصابة) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 454.

(2) في (ك): (الدخول).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 52 و(العلمية): 1/ 404.

(4) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 18.

(5) قول عبد الملك بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 452.

ووجه التفرقة بين [ز: 539/ ب] حكمه وحكمها هو أن التفويض في فرض الصداق إنما هو للزوج؛ لقوله ﷻ: ﴿أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: 236]، فإذا ردَّ الفرض إلى الزوجة(1)؛ لم يجز؛ لأنه خلاف التفويض(2).

قال أبو محمد ابن أبي زيد: وإذا تزوَّجها على حكمها ففرضت للزوج صداق مثلها؛ لم يلزم الزوج ذلك إلا أن يرضى، بخلاف الزوج يفرض لها صداق المثل؛ فإنه يلزمها ذلك كواهب السِّلعة إذا أعطى قيمتها ألزمه(3)، ولا يلزم الموهوب غرم قيمتها إلَّا برضاه أو فوتها(4) عنده(5).

قال ابن يونس: وأمَّا إن تزوجها على حكم فلانٍ، ففرض فلانٌ صداق المثل؛ فينبغي أن يلزمها ذلك؛ لأنهما قد جعلاهُ حَكَمًا، ففرض صداق المثل عدلٌ منه(6).

وأما قوله: (**وتفويض المهر والبضع بمنزلة واحدةٍ**).

أما تفويض المهر، فصورته أن تقول المرأة لوليها: زوجني بما أحببت.

وأما تفويض البضع، فصورته أن تقول المرأة لوليها: زوجني ممن أحببت، [ك: 78/ ب] فإذا فوضت إليه أمر بضعها أو مهرها، فزوَّجها تزويج تفويض، ثم طلَّق الزوج قبل الدخول وقبل أن يفرض لها صداقًا؛ فلا شيء عليه(7).

---

(1) في (ك): (الزوج)، وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(2) قوله: (فوجه الإجازة: اعتبارًا بنكاح... خلاف التفويض) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 346.

(3) في (ز): (لزمه).

(4) كلمتا (أو فوتها) يقابلهما في (ز): (وفوتها).

(5) قول ابن أبي زيد بنصِّه في النكت والفروق، لعبد الحق: 1/ 219.

(6) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 347.

(7) جملة (وأما قوله: وتفويض المهر والبضع... عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

[المتعة للمطلقات]

(والمتعة [للمطلَّقة][1] مستحبةٌ غير مستحقَّة، وليس لها قدرٌ مخصوص[2]، وهي لكل مطلقةٍ؛ مدخولًا بها كانت أو غير مدخولٍ بها؛ إلَّا ثلاث نسوة الملاعَنة والمختلَعة والمطلَّقة قبل الدخول وقد فُرض لها)[3].

والأصل في ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241]، وقال تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 236].

واختُلِفَ هل هي واجبة؟ أو مستحبة؟

فقال ابن الجلَّاب: هي مستحبة[4].

وقال مالك: هي من الحق، ولا يُقْضَى بها[5]، وهي في الطلاق دون الوفاة؛ تسلية للزوج من فجعة الطلاق[6].

وقال الشافعي: هي واجبة[7].

ودليلنا قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾، وقال في آية أخرى: ﴿ **حقا على المحسنين**﴾؛ فلذلك خففت ولم يُقْضَ بها[8].

---

(1) كلمة (للمطلَّقة) ساقطة من (ز) و(ك)، ويقابلها في طبعة العلمية: (من المطلقة)، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(2) جملة (وليس لها قدرٌ مخصوص) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز)، وهي في طبعتي التفريع.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 52 و53 و(العلمية): 1/ 405.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 52 و(العلمية): 1/ 405.

(5) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 335.

(6) قوله: (وهي في الطلاق دون... الطلاق) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 5/ 2513.

(7) قول الشافعي بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 715.

(8) قوله: (ودليلنا: قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾... يُقْضَ بها) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 333 وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 68.

ولأن الواجبات مقدَّرة كالكفَّارة والزكاة[1]، وهذه[2] غير مقدَّرة[3].

ولأن[4] الطلاق تأثيره الإسقاط دون الإيجاب؛ بدليل سقوط نصف المهر إذا طلَّق قبل الدخول[5].

قال الأبهري: ومما يدلُ على أنها ليست بواجبة[6] قوله ﷻ: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾، فلم يُلزم الله تعالى المتعة لكل مطلِّق[7] إلَّا أن يكون محسنًا، فلو كانت فرضًا، وحقًّا للمرأة؛ للزمت[8] المحسن وغير المحسن.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾، والتقوى واجبة على الناس؟

قيل له: معنى قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ أي: من اتقى دناءات[9] الأخلاق لا الكفر.

والدليل على صحة هذا[10] قوله تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [البقرة: 237]، والعفو عن الصداق ليس بواجبٍ، وفِعله مُقرِّب من التقوى، ثم هو مستحب وليس بواجب[11].

---

(1) كلمتا (كالكفَّارة والزكاة) يقابلهما في (ك): (كالزكاة والكفارة) بتقديم وتأخير.

(2) في (ك): (وهي).

(3) قوله: (ولأن الواجبات مقدَّرة... غير مقدَّرة) بنحوه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 5/ 2517.

(4) كلمتا (مقدرة، ولأن) يقابلهما في (ك): (مقدَّرة كالزكاة والكفارة وهي غير مقدرة، ولأن).

(5) قوله: (ولأن الطلاق تأثيره الإسقاط... الدخول) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 715.

(6) في (ك): (بفرض).

(7) في (ز): (مكلفٍ).

(8) في (ك): (لألزمه).

(9) في (ز): (دناءةَ).

(10) كلمتا (صحة هذا) يقابلهما في (ز): (ذلك).

(11) جملة (وفِعله مقرب من التقوى... وليس بواجب) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).
و قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنحوه وعزاه إليه الفاكهاني في التحرير والتحبير (بتحقيقنا): 4/ 475 و476.

ومما يدلُ على أن المتعة ليست بفرضٍ أنها على حسب حال الرجل دون حال المرأة، ولم نرَ[1] في النكاح شيئًا واجبًا يكون على حال[2] الرجل دون المرأة، [ز: 540/ أ] أو[3] حالهما جميعًا من ذلك صداق المثل والنفقة.

وأما قوله: (**وهي لكل مطلقة مدخولًا بها كانت أو غير مدخول بها إلا ثلاث نسوة: الملاعَنة والمختلَعة والمطلقة قبل الدخول بها، وقد فُرض لها**).

أما الملاعنة؛ فلأنهما انفصلا على أقبح الحالات، وهو أن كلَّ واحدٍ [ك: 77/ أ] منهما يكذب صاحبه، والمتعةُ إنما جُعلت تسليةً للقلب وائتلافًا، ولا أفحش ولا[4] أقبح من الحالة التي افترقا عليها، فلا تأثير للمتعة فيها.

وأما المختلعةُ وما في معناها؛ مثل[5] المفتدية والمبارية؛ فلأن الفراق[6] باختيارهنَّ وطيب أنفسهنَّ، وقد بذلن ما عندهنَّ ما يطلبن به الفُرقة، فلم يكن لهن متعة، ولأن الزوج يقول: هي رغبتْ بنفسها عني، فلا أمتع من جاء الفراق بسببه[7].

وأما المطلَّقة قبل الدخول بها[8]؛ فلقوله تعالى: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾ [البقرة: 237]، فلما سقط المهر المسمَّى بالطلاق وهو آكد من المتعة؛ امتنعَ أن يجب لها شيء مستأنف، ولأن المتعة جُعلت تسليةً لوحشة الفراق، فأُمِر من نكح على تفويض أن يمتع بعوض[9]؛ لقوله تعالى: ﴿**وَمَتِّعُوهُنَّ**﴾[10].

---

(1) في (ز): (يوجد).

(2) كلمة (حال) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ك): (بل).

(4) كلمتا (أفحش ولا) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(5) كلمة (مثل) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) في (ز): (الطلاق).

(7) كلمة (بسببه) يقابلها في (ز): (من سببه).

(8) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(9) كلمة (بعوض) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(10) قوله: (وأما المختلعةُ وما في معناها، مثل... لقوله تعالى: وَمَتِّعُوهُنَّ) بنحوه في التبصرة، للخمي

قال الأبهري: وقد رَوى مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يقول[1]: لكل مطلقةٍ متعةٌ إلَّا التي تطلَّق وقد فرض لها صداق ولم يمسَّها[2]، فحسبها نصف ما فرض لها[3].

[لمن تكون المتعة؟]

(وهي على الحرِّ والعبد، للحرائر والإماء والزوجات المسلمات والمشركات إلَّا مَنْ ذكرناه منهنَّ.
ولا يحكم بها الإمام ولا يَفْرِضها ولكن يأمرُ بها ويندب إليها، ويحضُّ عليها)[4].

وإنما قال ذلك، لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: 236]، فخاطب بها الأزواج ولم يخص حرًّا من عبد، ولا حرة من أمةٍ، ولا كافرة[5] من مسلمة، وإنما خرج مَنْ ذكرناه[6] بدليل.

قال الأبهري: ولما لم يكن بين الحر والعبد فرْقٌ في حقوق النكاح -أعني: من المهر والنفقة- فكذلك لا فرْق بينهما في المتعة التي هي من حظوظه، وليس للسيد منعُه من فعلها، كما ليس له أن يمنعه من حقوق النكاح.

وأما قوله: **(ولا يحكم بها الإمام ولا يفرضها)**.

قال مالك: هي من الحق فلا يُقضى بها[7].

وقال الشافعي هي واجبةٌ ويُقضى بها[8]، ....

(بتحقيقنا): 5/ 2513 و2514.

(1) كلمتا (كان يقول) يقابلهما في (ز): (قال).

(2) في (ك): (تمسس).

(3) قوله: (رَوى مالك عن نافع عن ابن عمر... فرض لها) بنصِّه في الموطأ، للإمام مالك: 4/ 825.

(4) التفريع (الغرب): 2/ 53 و(العلمية): 1/ 405.

(5) في (ز): (كافر).

(6) في (ز): (ذكرنا).

(7) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 335.

(8) قول الشافعي بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: 2/ 715.

وقد تقدَّم ذلك[1].

قال الأبهري: وقد رُوِّينا عن السَّبعة الفقهاء أنهم كانوا لا يرون التمتع[2] للمطلقة واجبًا، ولكنها حظٌّ[3] من الله ﷻ، ورُوِّينا ذلك عن جماعة من التابعين.



(1) انظر النص المحقق: 432/6.

(2) في (ز): (المتاع).

(3) ما يقابل كلمة (حظ) غير قطعيِّ القراءة في (ك).

باب النفقة على الأزواج

(والنفقة واجبةٌ على الأزواج بالعقد [ك: 77/ ب] والتمكُّن[1] من الاستمتاع، ولا تجب بمجرد العقد.

فمَنْ[2] تزوَّج امرأةً؛ فلا نفقة لها عليه حتى يدخل بها، أو يُدعى إلى ذلك [ز: 540/ ب] فيمتنع منه.

ومن تزوَّج صغيرةً؛ فلا نفقة لها حتى تبلغ الوطء.

وإذا تزوَّجت امرأةٌ[3] صبيًّا صغيرًا؛ فلا نفقةَ عليه حتى يبلغ.

وإذا تزوَّج الصغيران؛ فلا نفقة على الزوج حتى يبلغا جميعًا)[4].

والأصل في نفقة الزوجات الكتاب والسُّنة والإجماع.

أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ **[الطلاق: 7]**.

وأما السُّنة فما رُوي أن هندًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجلٌ ممسك فهلْ عليَّ جناحٌ أن آخذ من ماله ما يكفيني؟

فقال لها رسول الله ﷺ: **«خُذِي مِنْ مَالِهِ بِالْمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكِ وَيَكْفِي بَنِيكِ»** أجمع[5] عليه البخاري ومسلم[6].

وأما الإجماع؛ فلا خلاف في ذلك بين الأمة.

---

(1) في (ك): (والتمكين).

(2) كلمتا (العقد فمن) يقابلهما في (ز): (العقد بغير استمتاع. فمن).

(3) في (ك): (المرأة).

(4) التفريع (الغرب): 2/ 53 و(العلمية): **1/ 405** و**406**.

(5) في (ز): (اجتمع).

(6) متفق على صحته، رواه البخاري: **7/ 65**، في باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، من كتاب النفقات، برقم **(5364)**.

ومسلم: **3/ 1338**، في باب قضية هند، من كتاب الأقضية، برقم **(1714)**، واللفظ له، كلاهما عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

إذا ثبت ذلك فمتى تجب؟

فقال مالك: لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بالزوجةِ، أو يدعى إلى الدخول[1]؛ فحينئذٍ تجب، فإن مُنع من الدخول؛ فلا نفقة لها؛ لأنَّ الزوجية[2] عقدٌ على منافع، والنفقة في مقابلة تلك المنافع[3]، فإذا مُنع من استيفاء تلك المنافع؛ منعت من استيفاء النفقة.

قال الأبهري: ألا ترى أن الناشز لا نفقةَ لها؛ لمنعها الزوج من الاستمتاع[4].

وأما قوله: (**ومن تزوَّج صغيرةً؛ فلا نفقة لها**[5] **حتى تبلغ الوطء**) لأنَّ الاستمتاع غير متأتٍّ منها إذا لم تبلغ الوطء، فإذا بلغته؛ فلها النفقة؛ لأنَّ الاستمتاع متأتٍّ منها؛ كالبالغة[6].

وأما قوله: (**وإذا تزوَّجت امرأةٌ صغيرًا؛ فلا نفقة عليه**[7] **حتى يبلغ**[8]) فلأنَّ الصغير لا يتأتَّى منه الاستمتاع الذي يعاوِض عليه حتى يحتلم[9]، وإن كان مثله يطأ، بخلاف الزوجة، فإن[10] الزوجة قد يكون مثلها يُوطأ[11]، وإن لم تحتلم[12]، ولم

(1) قوله: (لا تجب النفقة على الزوج... إلى الدخول) بنصِّه في الخصال، لابن زرب، ص: **163**.

(2) في (ز) و(ك): (الزوج)، وما أثبتناه موافق لما معونة عبد الوهاب.

(3) قوله: (لأن الزوجية عقدٌ على... تلك المنافع) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 522**.

(4) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه ولم يعزه إليه عبد الوهاب في المعونة: **1/ 522**.

(5) في (ز): (عليه).

(6) قوله: (لأن الاستمتاع غير متأتٍّ منها... منها كالبالغة) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 522** والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 367**.

(7) كلمتا (نفقة عليه) يقابلهما في (ز): (نفقة لها عليه).

(8) في (ز): (يحتلم).

(9) جملة (فلأن الصغير لا يتأتى... حتى يحتلم) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(10) في (ز): (لأنَّ).

(11) عبارة (الزوجة قد يكون مثلها يوطأ) يقابلها في (ز) و(ك): (الوطء يكون منها) وما أثبتناه موافق لما في جامع ابن يونس.

(12) في (ك): (تحمل) وما رجحناه موافق لما في جامع ابن يونس.

قوله: (فلأن الصغير لا يتأتى منه الاستمتاع... لم تحتلم) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): =

تحِضْ[1].

فثبت بذلك أن النفقة لا تجب على الأزواج بمجرد العقد، وإنما تجب بالعقد والتمكين[2] من الاستمتاع[3].

قال مالك: وإذا مرض الرجل وطال مرضه، فدعوه إلى النفقة عليها والبناء؛ فذلك لهم، وإن دعوه إلى النفقة ومنعوه البناء بها لمرضه؛ فليس ذلك لهم.

فإن مرضت فدعوه إلى النفقة عليها؛ فليس ذلك عليه إلَّا أن يخلُّوا بينها وبين ضمِّها إليه[4].

قال الأبهري: وإنما قال: (**لها النفقة إذا مرض ودعوه إلى البناء بها**)؛ لأن تعذر الاستمتاع بها من جهته لا من جهتها، فعليه النفقة [ك: **76**/ أ] إذا دعوه إلى البناء وخلُّوا بينه وبينها، فإن منعوه منها؛ فلا نفقة لها؛ لأنهم السبب في منعِ استمتاعه بها؛ لأنَّ المريض قد يستمتع بزوجته بوجه ما، فمتى منعوه ذلك؛ لم تكن لها نفقة.

وكذلك إن مرضت هي ودعوه إلى البناء بها؛ فلها النفقة إن امتنع من ذلك؛ لأن سبب الامتناع بها من جهته لا من جهتها؛ لأنَّ المريضة قد يُقدَر على الاستمتاع منها بوجهٍ ما[5]، فإذا امتنع؛ كان عليه النفقة[6].

= **4**/ **368**.

(1) كلمتا (ولم تحِضْ) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(2) في (ز): (والتمكن).

(3) قوله: (النفقة لا تجب على الأزواج... من الاستمتاع) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: **1**/ **522**.

(4) انظر المدونة (صادر/ السعادة): **2**/ **254** وما بعدها.

(5) في (ك): (منها) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(6) من قوله: (قال مالك: وإذا مرض الرجل وطال مرضه) إلى قوله: (فإذا امتنع؛ كان عليه النفقة) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

[نفقة الناشز]

(وإذا دخل الرجلُ بامرأته، ولزمته نفقتها، ثم نشزت عنه ومنعته نفسها؛ سقطت عنه[1] نفقتُها؛ إلَّا أن تكون حاملًا.

فإذا عادَت من نشوزها؛ وجبتْ عليه[2] في المستقبل نفقتها)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأنَّ النفقةَ في مقابلة التمكن من الاستمتاع، فإذا لم تمكنه؛ لم تجب عليه نفقتها[4].

وقال أبو بكر الأبهري وغيره من البغداديين: أجمعت الأمةُ على أن الناشز لا نفقة لها.

وذُكِرَ عن أبي عمران أنه قال: اختُلف في الناشز هل لها نفقة؟ أم لا؟

فقال ابن المواز: لا نفقةَ لها، وهو قول مالك.

وقال سحنون: لها النفقةُ كالعبد الآبق، فإنه يُقضى بنفقته على سيده[5].

قال: وقال البغداديون من أصحابنا: لا نفقة لناشز؛ لأنها منعته الوطء الذي هو عوض عن النفقة؛ فمُنعت النفقة لذلك[6].

وفي مختصر أبي بكر الوقار: وإذا احتجبت المرأة عن زوجها؛ فلا نفقة لها فيما احتجبت عنه، وإن كانت معه في منزل ومنعته نفسها؛ فلها النفقة وعليه الاحتيال في الوصول إليها[7].

---

(1) كلمة (عنه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) التفريع (الغرب): **2/ 53** و**54** و(العلمية): **1/ 406**.

(4) قوله: (لأن النفقةَ في مقابلة التمكن... عليه نفقتها) بنصِّه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 807**.

(5) قول سحنون بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 608**.

(6) قوله: (وقال أبو بكر الأبهري وغيره من البغداديين: أجمعت الأمةُ... النفقة لذلك) بنحوه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **5/ 117**.

(7) قوله: (وفي مختصر أبي بكر الوقار: وإذا احتجبت المرأة... الوصول إليها) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 369**.

وأما قوله: (**إلَّا أن تكون حاملًا**).

يريد: فإن لها النفقة وليست بأشد حالًا من المطلقة البائن، والمطلقة البائن إن كانت حاملًا لها النفقة؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [**الطلاق: 6**] فهذه أوْلَى أن يكون لها النفقة.

وأما قوله: (**فإذا عادت من نشوزها؛ وجبت عليه في المستقبل نفقتها**) فلأنَّ المانع من الاستمتاع قد زال -وهو النشوز ووجد التمكن- فوجبت النفقة[1].

[ما لا يسقط النفقة وفي غياب الزوج وسفر المرأة]

(ولا تسقط نفقةُ المرأة بحيضها [ز: 541/ أ] ولا نفاسها ولا بصومها ولا بحجِّها ولا باعتكافها[2] ولا مرضها[3] ولا بحبسها في حقٍّ عليها ولا بحبس زوجها؛ وسواء حبسته هي في حقها[4]، أو حبسه غيرها)[5].

وإنما قال ذلك؛ لأنها ليست بمنسوبة إلى المنع من تسليم نفسها؛ فوجب [ك: 76/ ب] أن تكون لها النفقة، ولأنَّ الزوجَ دخل على ذلك، فوجب أن يوفي بما دخل عليه.

وإذا مرضت الزوجةُ؛ فعليه النفقة، وليس عليه أن يجاوز ما يلزمه لها في صحتها، ليس عليه دواء[6]، ولا أجر طبيب إلا أن يتطوَّع بذلك، قاله ابن يونس[7].

---

(1) من قوله: (قال: وقال البغداديون من أصحابنا: لا نفقة لناشز) إلى قوله: (وهو النشوز ووجد التمكن- فوجبت النفقة) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(2) عبارة (بصومها، ولا بحجِّها، ولا باعتكافها) يقابلها في (ك): (صيامها ولا اعتكافها ولا حجها).

(3) كلمتا (ولا مرضها) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وهما في طبعتي التفريع.

(4) كلمتا (في حقها) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك)، وهما في طبعتي التفريع.

(5) التفريع (الغرب): 2/ 54 و(العلمية): 1/ 406.

(6) كلمة (دواء) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 369.

(وإذا غاب الرجل عن امرأته؛ فنفقتُها لازمةٌ له، وكذلك إذا غابت عنه بإذنه)[1].

اعلم أن مَنْ تزوَّج امرأةً ثم غاب عنها لم تسقط نفقتها؛ لأنها قد سلَّمت نفسها ومكَّنته من الاستمتاع بها.

وكذلك إذا غابتْ عنه بإذنه؛ لأنه قد أسقط حقَّه من الاستمتاع لمَّا أذن لها في ذلك.

إذا ثبت أن لها النفقة؛ فإن كان له مالٌ حاضرٌ؛ رفعتْ أمرها إلى الإمام فاستحلفها أنه[2] ما تَرَكَ لها نفقةً ولا بَعَث بها إليها، ولا وضعتها عنه، ثم فرضَ لها فيه، فإن لم يكن له مالٌ حاضر، فإن عُلم فقره؛ لم يكن لها عليه نفقة، وإن عُلم يُسره؛ فرض لها الحاكم عليه بعد أن تحلف كما تقدَّم.

وإن أشكل الأمرُ، فقال ابن الماجشون: إذا أشكل أمره يوم خرج، ثم قدم إلى عياله عديمًا، وقال: ما زلتُ كذلك مذْ غبتُ؛ فعليه البيِّنة بذلك، وجعل أن الأصل الملاء حتى يثبت عسره.

وقال ابن المواز عن ابن القاسم: إن قدم معسرًا، وقال: ما زلتُ كذلك مذ غبت وأكذبتهُ؛ فهو مصدَّق مع يمينه حتى تقوم بينةٌ بخلافه.

وإن قدم موسرًا وادَّعى أنه كان معسرًا؛ لم يُقبل قوله إلَّا ببينة.

وقال سحنون وابن كنانة: القولُ قولُه، وعلى المرأة البينة[3].

(وإذا أراد سفرًا؛ فله أن يسافر بها إذا كان مأمونًا عليها محسنًا إليها[4]**، فإن امتنعت من السفر معه؛ سقطتْ نفقتُها)**[5].

وإنما قال: **(له أن يسافر بها**[6] **إذا كان مأمونًا عليها محسنًا إليها)** لأنه إذا كان كذلك

---

(1) التفريع (الغرب): 2/ 54 و(العلمية): 1/ 406.

(2) في (ز): (أن).

(3) قوله: (فإن كان له مال حاضرٌ؛ رفعتْ أمرها... المرأة البينة) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 604 وما بعدها والجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 375.

(4) في (ك): (لها).

(5) التفريع (الغرب): 2/ 54 و(العلمية): 1/ 406.

(6) عبارة (له أن يسافر بها) يقابلها في (ز): (ذلك).

لم يحسُن منه تضييعها والإضرار بها؛ فله أن يُخرجها، فإن امتنعت من السفر معه[1]؛ سقطت عنه نفقتها؛ لأنها منعته نَفسَها.

وقال الأبهري[2]: وإن كان بخلاف ذلك؛ لم يكن عليها أن تخرج؛ لأنَّ في ذلك ضررًا عليها؛ لأنه يتركها في غير بلدها في غربةٍ، وليس تصرفُ الإنسان في غير بلده [ز: **541**/ ب] كتصرفه في بلده؛ لأنه يحتالُ في بلده ما لا يقدر عليه في الغربة.

[في اختلاف الزوجين على نفقة ماضية]

(وإذا اختلفتِ المرأة وزوجها في نفقة مدة مضتْ لها، فادَّعى الزوج أنه قد أنفق عليها، وأنكرت المرأةُ ذلك؛ فالقول قوله مع يمينه؛ حاضرًا كان أو غائبًا؛ إلَّا أن ترفع المرأةُ أمرها إلى الحاكم في غيبةِ زوجها[3]، فيفرض لها الحاكم نفقتها، ثم يقدم [ك: 75/ أ] **زوجها فيدَّعي أنه كان يبعثُ إليها، وأنه[4] خلَّف عندها ما تُنفق منه[5]؛ فإنه قد اختلف قول مالك** رَحِمَهُ اللَّهُ **في هذه المسألة، فذُكر عنه في ذلك روايتان:**

إحداهما أن القول قول الرجل مع يمينه.

والأخرى أن القول قول المرأة مع يمينها.

فإن أمسكت عن ذكر أمرها للحاكم في غيبته حتى قدم[6]، فطالبته بالنفقة لغيبته[7]؛ فالقول قوله مع يمينه)[8].

اعلم أنه إذا اختلفت المرأة وزوجها في نفقة مدةٍ مضت لها؛ فإنَّ القول قوله مع

---

(1) كلمة (معه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) كلمتا (وقال الأبهري) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(3) كلمتا (غيبةِ زوجها) يقابلهما في (ك): (غيبته).

(4) كلمة (وأنه) يقابلها في (ك): (أو أنه).

(5) كلمة (منه) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(6) عبارة (للحاكم في غيبته حتى قدم) يقابلها في (ز): (إلى الحاكم حتى قدم زوجها من غيبته).

(7) كلمة (لغيبته) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 54 و(العلمية): 1/ 406 و407.

يمينه حاضرًا كان أو غائبًا؛ لأنها إذا سكتت ولم ترفع أمرها إلى السلطان وتطالبه في حال[1] غيبته؛ كان ذلك رضًا منها بترك النفقة والمقام معه من[2] غير نفقةٍ، أو يكون زوجها ترك لها النفقة، أو كان يوجِّه إليها، فإذا ذكرت[3] ذلك؛ لم تكن لها النفقة[4] فيما مضى.

[5] قال الأبهري: لأن المرأة لا تترك المطالبة بنفقتها في الأغلب من حالها إلَّا لما ذكرناه، وهذا إذا كان موسرًا.

وأما إن كان معسرًا؛ فلا يمين عليه؛ لأنها لا نفقه لها في حال عسره[6].

واختُلِفَ إذا رفعت أمرها إلى الحاكم في غيبته، ففرض لها نفقة، ثم قدم زوجها، فادَّعى أنه كان يبعث بالنفقة، أو أنه خلَّف عندها ما تنفق منه، فقال مالك: وإذا رفعت أمرها إلى الحاكم واستعدت في غيبته؛ لزمته النفقة من يومئذٍ إن كان مليًّا[7].

قال الأبهري: لأن الأغلب من النساء أنهن لا يطالبن بالنفقة بعد دفع ذلك إليهن، ولا يتركن -أيضًا- المطالبة بنفقتهن إذا لم يُنفق عليهن أزواجهن في الأغلب دون النادر، ولا تقبل دعواه في الإرسال إليها بعد قيامها إلَّا أن يأتي بمخرج من ذلك.

قال ابن المواز: ليس عليه أن يحلف أنه بعث بذلك إليها، وإنما تحلف أنها قبضت ذلك ويبرأ.

قيل له: وكيف يعلم ذلك وهو غائب؟

قال: يجيئه كتابها، أو قدم من عندها من يخبره بذلك[8].

---

(1) كلمة (حال) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) في (ز): (في).

(3) في (ز): (ذكر).

(4) كلمة (النفقة) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) هنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والذي يقدَّر بنحو نصف لوحة.

(6) قوله: (وأما إن كان معسرًا... حال عسره) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 2031**.

(7) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 25**.

(8) قوله: (قال ابن المواز: ليس عليه أن يحلف... يخبره بذلك) بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): =

وقال -أيضًا- مالك: إن القول قوله أنه خلَّف أو بعث وإن استعدت.

قال اللخمي: ولا أرى أن يُقبل قوله إن قال: بعثت؛ لأنه معترف أنه لم يخلِّف نفقة؛ فعليه البيان مع مَنْ أرسل، ولا يكاد يخفى ذلك[1].

[في مخاصمة المرأة زوجها في النفقة]

(وإذا خاصمت المرأةُ زوجها في النفقة، ولم ترضَ بنفقته عليها، فرفعت إلى الحاكم أمرها؛ فرضَ[2] لها عليه نفقتها على قدرِ حاله من حالها، فقدَّر لها طعامها وإدامها وكسوتها، ونفقة خادمها [ك: 75/ ب] إنْ كانت ممن يُخدم مثلها، وأجرة مسكنها وجميع مؤنتها)[3].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 19]، ومنه النفقةُ عليها.

وقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 228]، وهذا يدلُّ على أن النفقة في مقابلة الوطء، فكما يجب عليها تمكينه من الوطء ولا يجوز لها منعه، كذلك يجب عليه نفقتها بحسب حاله وحالها حتى يستقيم حالها.

واستدلَّ الأبهري على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233]، فألزمَ اللهُ ﷻ الأزواج أن ينفقوا على أزواجهم ما بهنَّ إليه حاجة في القوت، وما يتبعه من الإدام والكسوة على حاجتهنَّ وكفايتهنَّ، وحالهن من حال الزوج على ما قد جرى من[4] عُرف الناس في

=

4/ 372.

(1) هههنا انتهى السقط من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والمقدَّر بنحو نصف لوحة.
وقوله: (وقال أيضًا مالك: إن القول قوله... يخفى ذلك) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 2029 و2030.

(2) في (ك): (ففرض).

(3) التفريع (الغرب): 2/ 54 و55 و(العلمية): 1/ 407 و408.

(4) حرف الجر (من) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

البلد الذي هم فيه في مثلهم بقدر كفايتهم، وعلى قدر اجتهادِ الحاكم في ذلك، فيفرض لها من القوت والإدام والكسوة بقدر حاجتها إلى [ز: 542/ أ] ذلك.

فعلى الحاكم أن يفعل ما هو صلاحٌ للزوج والزوجة[1]، ولا يفعل ما هو ضررٌ على واحدٍ منهما، وهو أن يكلِّف الزوج ما لا يقدر عليه، أو ينقص الزوجة عمَّا تحتاج إليه، فهذا هو الأصل في اعتبار مقدار[2] النفقة للزوجة[3]، وفرضها على الزوج يرجع في ذلك في كل بلد إلى ما يعرفونه[4].

قال اللخمي: من الصنف الذي يجري بين هذين الزوجين بذلك البلد قمحًا أو شعيرًا أو ذرة، أو تمرًا.

قال اللخمي: واختُلِفَ في قدره، فقال مالك في كتاب ابن المواز: مُد وثلث بمد النبي ﷺ.

وقال ابن القاسم: ويبتان ونصف [في][5] الشهر إلى الثلاث[6].

قال اللخمي: يريد: لمن كان بمصر.

قال: وأرى أن يفرض في كل بلد الوسط من الشبع؛ إلَّا أن يعجز عن ذلك، وليس الموسر كالمعسر، ولا الشدة كالرخاء، وأما الأدم والعسل والزيت والبقل واللحم في بعض الأوقات والسمن.

قال اللخمي: ويفرض لها الماء للشرب، والزيت للأكل، والوقيد والحطب للطبخ.

---

(1) كلمتا (للزوج والزوجة) يقابلهما في (ك): (للزوجة والزوج) بتقديم وتأخير.

(2) كلمة (مقدار) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(3) كلمتا (النفقة للزوجة) يقابلهما في (ك): (نفقة الزوجة).

وهنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والذي يقدر بنحو لوحة كاملة.

(4) مخطوط الأزهرية لشرح الأبهري على المختصر الكبير، لابن عبد الحكم [129/ ب].

(5) حرف الجر (في) ساقط من (ك) التي انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وقد أتينا به من تبصرة اللخمي.

(6) قوله: (فقال مالك في كتاب ابن المواز: مد وثلث بمد النبي... إلى الثلاث) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 596 و597.

قال ابن المواز: فيجمع ذلك ثمنًا، فيعطيها إياه مع القمح، ولها أجرة الطحن والعجين والخبز[1].

وأما الكسوة؛ فالقميص والوِقاية[2] والقناع، وهي في الجودة والرداءة على قدرهما ويسار الزوج، ويُزاد في الشتاء ما يرفع البرد.

قال ابن القاسم: ولا يفرض خز ولا وشي ولا حرير، وإن كان متسعًا[3].

واختُلِفَ في ثياب خروجها التي العادة أن تخرج بها، مثل الملحفة وغيرها.

قال اللخمي: وظاهر [ك: 74/ أ] المذهب ألَّا شيء لها.

وفي "المبسوط": يفرض على الغني ثياب خروجها، وأما الغطاء والوطاء؛ ففراش ووسادة ولحاف، ويُزاد في الشتاء ما يدفع البرد.

قال ابن القاسم: والسرير في الوقت الذي تحتاج فيه؛ لخوف العقارب.

قال ابن حبيب: أو البراغيث.

قال ابن المواز: وما يزيل الشعث مثل المشط والمكحلة، ودهنها وحناء رأسها[4].

قال ابن وهب: وأمَّا الطيب والزعفران؛ فليس ذلك عليه، وأما نفقة خادمها -إن كانت ممن يُخدم مثلها- فإنها لازمة له.

قال ابن القاسم: ولو قال الزوج: خادمي يخدمها؛ لم يكن ذلك له، ولعلَّ خادمها أوفق لها من خادم زوجها.

وقال أصبغ وابن الماجشون: إن لم تكن الزوجة من ذوات الشرف، وليس في صداقها ما تشتري به خادمًا؛ فعليها الخدمة الباطنة العجين والكنس والطبخ والفرش واستقاء الماء، وإن كان الزوج معسرًا؛ لم يكن عليه إخدامها.

---

(1) قول ابن المواز بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 597.

(2) عياض: الوِقاية -بكسر الواو- وهي الخرقة التي تَلف المرأة شعر رأسها فيها، وتقيه من الغبار والشعَث، وأما بفتح الواو فالمصدر. اهـ. من التنبيهات المستنبطة (بتحقيقنا): 1/ 97.

(3) قول ابن القاسم بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 599.

(4) قوله: (قال ابن القاسم: والسرير في... وحناء رأسها) بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 598.

وإن كانت ذات شرف، وعليها الخدمة الباطنة كما هي على الدنية(1).

وينفق على خادم واحد من خدمها لا أكثر، قاله ابن القاسم(2).

وقال مالك في "المبسوط": إذا كان ممن لا يصلحه ولا امرأته إلَّا أكثر من واحدة؛ فعليه أن ينفق على أكثر إذا لم تكفها الخادم الواحدة(3).

إذا ثبت ذلك؛ فحكم المدة التي يفرضها الحاكم سنة أو شهر أو أقل من ذلك، قاله ابن القاسم(4).

قال اللخمي: وقال سحنون: لا يفرض سنة؛ لأنَّ الأسواق تحول.

قال اللخمي: وأرى أن يوسع في المدة إذا كان الزوج موسرًا ولم يؤد إلى ضرر؛ لأنَّ الشأن أن الفرض بين الزوجين إنما يكون عند المقابحة ولدد الزوج.

وفي تقليل المدة عليها ضرر في تكرار الطلب عند لدده، فإن كان الزوج موسرًا؛ فالأشهر الثلاث والأربع حسن، وإن كان متوسطًا؛ فالشهر والشهران، وإن كان ذا صنعة؛ فالشهر، وإن لم يقدر؛ فعلى قَدْرِ ما يرى أنه يستطيع.

وأما الكسوة، فتفرض مرتين في الشتاء والصيف؛ لأنها مما لا يتبعض، وكذلك الغطاء والوطاء(5).

---

(1) قول أصبغ وابن الماجشون بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: **4/ 610** و**611**.

(2) المدونة (صادر/ السعادة): **1/ 298** وتهذيب البراذعي (بتحقيقنا): **2/ 86**.

(3) انظر: التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 2023** وما بعدها.

(4) انظر: المدونة (صادر/ السعادة): **2/ 258**.

(5) ههنا انتهى السقط المشار إليه آنفًا من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والمقدَّر بنحو لوحة كاملة.

قوله: (وقال سحنون: لا يفرض سنة؛ لأن... الغطاء والوطاء) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): **4/ 2022** و**2023**.

[مفارقة المرأة لزوجها؛ لعسره في النفقة]

(وإذا أَعْسرَ الرجلُ بنفقة امرأته، ولم ترض المقام معه؛ فلها مفارقته بعد ضرب الأجل والتلوُّم في أمره.

وقد اختلف قوله في قدر أجله؛ فعنه في ذلك[1] روايتان:

إحداهما أنه شهرٌ.

والأخرى ثلاثة أيام؛ إلَّا أن تتزوَّجه فقيرًا تعلم بفقره وترضى بحاله، فلا يكون لها مفارقته بعسره)[2].

اختلف هل يطلَّق على المعسر بعدم النفقة من غير تلوم؟ [ك: 74/ ب] أو بعد التلوم؟

فقال مالك: الناسُ في ذلك مختلفون، فمنهم من يُطمع له بقوة، ومنهم من لا يُطمع له[3]، فمن كان يُطمع له بقوة؛ تلوم له ووسع له في أجله على قدر ما يُطمع له رجاء[4] أن يقدر على النفقة، ومنهم من لا يُطمع له؛ فهذا يطلَّق عليه؛ لأن في البقاء عليه زيادة مضرَّة.

واختُلف في قدر أجل التلوم.

فقال في "المبسوط": يؤخر اليوم ونحوه مما لا يضر بها الجوع.

وقيل: يتلوم له الأيامُ اليسيرة كالثلاثة ونحوها، فإن أنفق وإلا طلق عليه.

وقال ابن المواز: الذي عليه أصحاب مالك في التلوم الشهر، ونحوه.

وقال ابن الماجشون: الشهر والشهران[5].

---

(1) عبارة (فعنه في ذلك) يقابلها في (ز): (ففيه).

(2) في (ك): (لعسره).

و التفريع (الغرب): 2/ 55 و(العلمية): 1/ 408.

(3) المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 258.

(4) جملة (فمن كان يُطمع له بقوة... له رجاء) يقابلها في (ز): (جاز).

(5) قوله: (واختُلف في قدر أجل التلوم... الشهر والشهران) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): =

وضرب عمر بن عبد العزيز في التلوم بالنفقة أجل شهرين.

وقال[1] سعيد بن المسيب: فإن لم ينفق عليها وإلا فرَّق بينهما.

[2] قيل لابن المسيب: يا أبا محمد: أَسُنَّة هذا؟ فأقبل بوجهه، وقال: سنة سنة، نعم سنة[3].

قال عبد الوهاب: وإنما قلنا: إنه يضرب له الأجل؛ ليتبين أمره ويصح إعساره؛ لأنه لا يطلَّق عليه بإعساره المدة القريبة كاليوم واليومين؛ إذ لا يكاد أحدٌ يخلو عن هذه، وإنما الذي يؤثر ما يستمر أمره[4].

وللزوج أن يطلَّق عليه بالعجز عن الكسوة وإن كان قادرًا على النفقة، وقاله أشهب في "العتبية"[5].

واختُلِفَ في الزوج يكون فقيرًا عند العقد، وتعلم الزوجة بفقره وترضى بحاله، هل يطلَّق عليه بذلك؟ أم لا؟

فقال في كتاب ابن المواز: يطلَّق عليه.

وقال في "المبسوط": لا تطلق عليه، أرأيت لو كان رجلًا من أهل الصُّفَّة أكان يطلق عليه[6]!

فوجه القول بأنه يطلق عليه فلأن إمساكها معه بغير نفقة من باب الضرر بها.

ووجه القول بأنه لا يطلق عليه فلأنها علمت بفقرِه ورضيت بحاله، فقد دخلت

= 4/ 2032 و2033.

(1) في (ك): (وقاله).

(2) هنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والذي يقدَّر بنحو نصف لوحة.

(3) قوله: (وضرب عمر بن عبد العزيز في التلوم... نعم سنة) بنصِّه في المدونة (صادر/ السعادة): 2/ 262 و263.

(4) المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 524.

(5) البيان والتحصيل، لابن رشد: 5/ 456.

(6) قوله: (واختلف في الزوج يكون فقيرًا عند العقد... يطلق عليه) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 2035.

على ذلك ورضيت به، وذلك كما تتزوج به وهو عنين أو خصي أو [به][1] عيب من العيوب الذي يكون لها معه الخيار، وإذا دخلت على علم بذلك؛ لم يكن لها خيار، فكذلك إذا رضيت بأن مثله لا يجري نفقة؛ لم يكن لها الخيار، وكمن اشترى سلعة معيبة وهو يعلم بعيبها[2].

[رجعة المعسر مشروطةٌ بيسره]

(وطلاق المعسر بالنفقة رجعي، ورجعته موقوفة على يسره. فإن أيسر في عدتها؛ كان له رجعتها، وإن لم يوسر حتى انقضت عدتها؛ فلا رجعة له)[3].

وإنما قال ذلك؛ لأن الفراق إنما كان لأجل الضرر وهو عدم النفقة، فإذا زال الضرر؛ كانت له الرجعة؛ إذ العلة الموجبة للفراق قد زالت[4].

واختُلف في القدر الذي إذا أيسر به كانت له الرجعة، فقال ابن القاسم: [ك: 73/ أ] إن أيسر بنفقة شهر؛ فله الرجعة، وإن لم يكن إلَّا العشرة أيام والخمسة عشر يومًا؛ فليس ذلك له؛ لأنَّ ذلك ضرر يرتجع[5]، وقاله أصبغ.

قال اللخمي: وأرى إن كان صانعًا، فعاد نفاق صنعته له أن يُمَكَّن من الرجعة، وإن أيسر برزق اليوم[6].

(ولا[7] يلزمه نفقة ما أعسر فيه)[8].

وإنما قال ذلك؛ لأنها لا تخلو إما أن تمكِّنه من نفسها في تلك الأيام أو تمنعه، فإن

---

(1) ما بين المعكوفتين زيادة أدرجناها؛ ليستقيم بها السياق.

(2) قوله: (فوجه القول بأنه يطلق عليه... يعلم بعيبها) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 524.

(3) التفريع (الغرب): 2/ 55 و(العلمية): 1/ 408.

(4) قوله: (لأن الفراق إنما كان لأجل الضرر... قد زالت) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 524.

(5) قول ابن القاسم بنحوه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 601.

(6) هاهنا انتهى السقط المشار إليه آنفًا من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والمقدَّر بنحو نصف لوحة. التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 2034.

(7) كلمة (ولا) يقابلها في (ك): (وإن أيسر بعد ذلك؛ فلا).

(8) التفريع (الغرب): 2/ 55 و(العلمية): 1/ 408.

مكَّنته من نفسها؛ لم تلزمه نفقتها؛ لأنها كانت قادرةً على أن تمنعه نفسها حتى يُنفق أو يطلِّق، فلمَّا مكَّنته من نفسها بغير نفقةٍ؛ فقد رضيت بذلك من غير عوضٍ، فلم يكن لها اتباعُه بشيء.

وإن منعته نفسها حتى يتقوَّى ويطلِّق لم يلزمه شيءٌ؛ لأنَّ النفقة في مقابلة الاستمتاع، فإذا لم تمكنه من الاستمتاع؛ لم يلزمه العوض عنه[1].

[المطلقة الرجعية لها حق النفقة]

(والمطلقةُ الرجعية حكمها حكم الزوجة، لها النفقة في العدَّة)[2].

اعلم أن المطلقة الرجعية حكمها حكم الزوجة من وجوب[3] النفقة والسُّكنى والموارثة وإيقاع الطلاق عليها والظهار[4] والإيلاء، وهذا مما لا خلافَ فيه، ولأن امتناع الاستمتاع إنما هو من ناحيته لا من ناحيتها كالمحرم فإنه ينفق على زوجته؛ لأنَّ الامتناع من جهته لا من جهتها.

[نفقة المبتوتة ونحوها]

(ولا نفقة للمبتوتة إلَّا[5] أن تكون حاملًا؛ فيكون لها النفقة والسكنى في العدَّة[6].

وكذلك كل مطلقةٍ بائن كالمختلعة [ز: 542/ ب] وغيرها، وهي بمنزلة المبتوتة، ولهنَّ السُّكنى دون النفقة إلَّا أن يكنَّ حوامل؛ فيكون لهنَّ النفقة والسكنى في العدة)[7].

والأصل في ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا

---

(1) قوله: (لأن النفقة في مقابلة الاستمتاع... العوض عنه) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 523.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 55 و(العلمية): 1/ 408.

(3) في (ك): (جميع).

(4) كلمتا (عليها والظهار) يقابلهما في (ز): (والظهار عليها) بتقديم وتأخير.

(5) كلمتا (للمبتوتة إلَّا) يقابلهما في (ز): (للمبتوتة ولها السُّكنى دون النفقة، إلَّا)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(6) عبارة (فيكون لها النفقة والسكنى في العدَّة) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 55 و56 و(العلمية): 1/ 408.

تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّۚ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، فهذه للمطلقات المبتوتات، ولم تجعل[1] النفقة إلَّا[2] لذوات الحمل منهنَّ.

ورُوي عن فاطمة بنت قيس أن زوجها طلَّقها ثلاثًا، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكِيلُهُ بِشَعِيرٍ، فَسَخِطَتْهُ، فَقَالَ: وَاللهِ مَا لَكِ عَلَيْنَا نفقة، فَجَاءَتْ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَذَكَرَتْ ذلِكَ لَهُ، فَقَالَ لها: «لَيْسَ لَكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ»[3]. زاد أبو داود: «إِلَّا أَنْ تَكُونِي حَامِلًا»[4].

ولأنه طلَّقها طلاقًا بائنًا؛ فوجبَ[5] أن لا نفقة لها كالتي طُلِّقت قبل البناء.

[في تزويج المريض والمريضة]

(ولا يجوز لمريضٍ ولا مريضةٍ أن يتزوجًا حتى يصحًّا، فإن فعل أحدهما ذلك؛ فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده، وكان الفسخُ طلاقًا.

فإن فسخ بعد الدخول؛ فلها صداق مثلها في رواية ابن القاسم، ولها المسمَّى في رواية ابن عبد الحكم [ك: 73/ ب] من ثلثه دون رأس ماله.

فإن صحَّ قبل الفسخ؛ لم يثبت النكاحُ عند مالك، ويثبت عند ابن القاسم وعبد الملك في روايتهما جميعًا.

والصداق عند مالك من ثلثه دون رأس ماله، وسواء تزوَّج المريض[6] حرةً أو أمةً، مسلمةً أو كتابية؛ فإن نكاحه لهنَّ كلهن باطل)[7].

---

(1) كلمتا (ولم يجعل) يقابلهما في (ز): (وما جعل).

(2) حرف الاستثناء (إلَّا) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

(3) تقدم تخريجه في باب الاجتماع في خطبة النكاح من كتاب النكاح: **416/6**.

(4) جزء من حديث رواه مسلم: **2/ 1117**، في باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها، من كتاب الطلاق، برقم **(1480)**.

وأبو داود: **2/ 287**، في باب نفقة المبتوتة، من كتاب الطلاق، برقم **(2290)** كلاهما عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها.

(5) في (ك): (فيوجب).

(6) في (ز): (الزوج)، وما رجحناه موافق لما في طبعتي التفريع.

(7) التفريع (الغرب): **2/ 56** و(العلمية): **1/ 409** و**410**.

أما قوله: (**ولا يجوز لمريض ولا مريضةٍ أن يتزوجا حتى يصحا**) فهذا مما اختُلِفَ فيه، فذهب مالك إلى منعه، وذهب الشافعي إلى أنه جائز، وبه قال أبو حنيفة[1].

ودليلنا هو أن المريض إنما يصح تصرفه فيما كان له فيه منفعةٌ، ولا حاجة للمريض إلى النكاح[2].

وذكر الأبهري أن مالكًا أجاز نكاح المريض.

وذكر ابن المنذر أن مالكًا قال: نكاح المريض لا يجوز إذا فعل ذلك ضررًا[3].

فهذا يبين لك[4] أنه لو تزوَّج وبه حاجة إلى النكاح أن نكاحَه جائزٌ، ويكون ذلك كمعاوضته الجائزة، ولأنَّ معاوضته فيما له[5] من الانتفاع كالدواء واللباس جائز، فكذلك معاوضته في النكاح الذي له إليه حاجة[6]، ويكون لها على هذا الأقل من المسمَّى أو صداق المثل في رأس المال، والزائد يَسقط؛ لأنها هبة لوارث، وهذا هو الذي كان يذهب إليه المحققون[7].

وكان بعض شيوخنا يذهب إلى أن وجه المنع إنما هو إدخال وارث على الورثة في المرض وهو معتبرٌ بطلاق المريض، فلمَّا كان إخراج وارث في المرض ممنوع، فكذلك إدخال وارث في المرض ممنوع[8].

قال الأبهري: وإنما لم يجز للمريض أن يتزوَّج؛ لأنه محجورٌ عليه في ماله من أجل

---

(1) قوله: (فهذا مما اختلف فيه، فذهب مالك... أبو حنيفة) بنحوه في عيون المسائل، لعبد الوهاب، ص: **308**.

(2) قوله: (ودليلنا هو: أن المريض... النكاح) بنحوه في الإشراف، لعبد الوهاب: **2/ 750**.

(3) انظر: الإشراف، لابن المنذر: **5/ 107**.

(4) كلمتا (يبين لك) يقابلهما في (ز): (تبيَّن).

(5) في (ك): (به).

(6) عبارة (له إليه حاجة) يقابلها في (ز): (إليه حاجة له) بتقديم وتأخير.

(7) قوله: (والزائد يَسقط؛ لأنها هبة لوارث... إليه المحققون) بنحوه في التحرير والتحبير، للفاكهاني (بتحقيقنا): **4/ 446**.

وهنا بداية سقط من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والذي يقدَّر بنحو لوحة ونصف.

(8) قوله: (وجه المنع إنما هو إدخال وارث... ممنوع) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 526**.

ورثته[1]، وهذا إذا كان مرضه مخوفًا لا يحتاج في الأغلب معه إلى الجماع، فإن كان غير مخوف؛ جاز له أن يتزوَّج، كما يجوز له أن يتصرف في ماله على عوض وغير عوض في المرض غير المخوف عليه.

فإن قيل: فأجز عقد نكاحه إذا أذن له ورثته في ذلك، كما يجيز إخراج ماله على غير عوض إذا أذن ورثته في ذلك!

قيل له: إخراج ماله غير جائز؛ بل هو موقوف حتى يعلم مَن وارثه بعد موته؛ حتَّى الذين يموت من يظن أنه وارثه ويحدث غيره في النكاح؛ فليس يجوز أن يكون موقوفًا على إجازة وارث؛ فلهذا لم يجز أن يكون موقوفًا.

فإن قيل: أليس يجوز أن يشتري في مرضه ما يأكل ويتداوى به؟ فكذلك فأجز له التزويج، وإن كان في ذلك إخراج ماله!

قيل له: ما يأكله ويتداوى به لا بدَّ له منه ولا يستغني عنه، والتزويج في المرض المخوف لا حاجة للمريض [ك: 72/ أ] به إليه.

فإن قيل: له حاجة في الخدمة!

قيل له: الخدمة يصل إليها من غير نكاح، وهو أن يشتري أمة، أو يكتري من يخدمه، وليس على المرأة أن تخدم زوجها لا سيما إذا كانت ممَّن لا تطيق الخدمة، وإذا كان كذلك؛ فليس أصل التزويج للخدمة، وإنما هو للاستمتاع؛ ألا ترى أنه لا يجوز له أن يتزوَّج من لا يحل له وطؤها في ذلك النكاح أصلًا من أجل الخدمة؛ لأنَّ الخدمة ليست أصلًا إنما هي تبع للوطء.

فإن قيل: أليس لو أقر بابن له في مرضه أن ذلك جائز؟ وإن كان قد أدخل على ورثته وارثًا، كذلك يجب أن يكون النكاح!

قيل له: النسب لم يبتدئه في المرض وإنما أخبر بشيء لزمه قبل المرض، وأما النكاح؛ فهو شيءٌ ابتدأه في المرض، ورأى أن[2] إقراره بالنسب كإقراره بزوجة تزوجها

---

(1) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه الفاكهاني في التحرير والتحبير (بتحقيقنا): 4/ 447.

(2) ما يقابل كلمتا (ورأى أن) غير قطعيِّ القراءة في (ك).

قبل المرض على أن إقراره[1] في النسب ليس فيه إخراج ماله عن وارثه لا محالة؛ لأنه قد يموت المقر به قبله.

وفي تزويجه في المرض إخراج المال لا محالة عن وارثه؛ لأنَّ فيه وجوب صداق المرأة، فاختلفا لهذه العلة.

وأما قوله: (**فإن فعل أحدهما ذلك؛ فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده**) فلأن فساده في عقده، والدخول لا يصحِّح العقد الفاسد[2].

وأما على القول بأنه جائز؛ فلا يفسخ لا قبل الدخول ولا بعده.

وأما قوله: (**وكان الفسخ طلاقًا**) فلأنه نكاحٌ مختلفٌ في صحته وفساده، وكل نكاح مختلف فيه إذا فرق بينهما؛ فالفرقة فيه بطلاق، وقد اختلف قول مالك في ذلك. من الأبهري.

فإن فسخ قبل الدخول؛ فلا شيء لها؛ لأنَّ كل نكاح فسخ قبل الدخول؛ فلا شيء فيه للمرأة.

واختلف إذا فسخ بعد الدخول، فروى ابن القاسم عن مالك أن لها صداق مثلها[3]، وروى ابن عبد الحكم أن لها المسمَّى.

وحكى عياض في تنبيهاته عن سحنون أنه قال: هذا غلطٌ من ابن القاسم، ولا يعجبني[4].

قال الأبهري: ولقد روى علي بن زياد عن مالك أن لها المسمَّى ولا يلتفت إلى صداق المثل، وروى أشهب مثله[5].

---

(1) كلمتا (أن إقراره) يقابلهما في (ك): (أن في إقراره) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(2) قوله: (والدخول لا يصحح العقد الفاسد) بنصِّه في المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 526.

(3) انظر: تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 19.

(4) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 2/ 846.

(5) قول الأبهري لم أقف عليه، ولكن نقله عنه بنصِّه ولم يعزه إليه عياض في التنبيهات المستنبطة (بتحقيقنا): 2/ 847.

قال الأبهري: وكل نكاح فاسد إذا دخل فيه؛ فالمسمَّى أَوْلَى من صداق المثل، وليس يجري النكاح مجرى البيوع الفاسدة في أنه يرجع إلى مهر المثل كما يرجع إلى قيمة السلعة؛ لأن البيع موضوعٌ على المتاجرة والمكايسة، وليس [ك: 72/ ب] كذلك النكاح؛ لأن أصله المكارمة والمواصلة، فإذا سموا المهر؛ كان أوْلَى من مهر لم يسم.

وأما قوله: (**فإن صحَّ قبل الفسخ؛ لم يثبت النكاح عند مالك، ويثبت عند ابن القاسم وعبد الملك في روايتهما**) فهذا مما اختلف فيه قول مالك وابن القاسم، فقال مالك: وإذا صحَّ المريض؛ ثبت النكاح.

قال ابن القاسم: وقد كان يقول: لا يثبت وإن صحَّ، ثم عرضته عليه، فقال: امحه.

قال ابن القاسم: والذي أرى إذا صحَّ أن يثبت النكاح؛ دخلا أو لم يدخلا[1].

قال عبد الوهاب: وهذا الاختلاف مبنيٌّ على أصل، وهو هل فساده في عقده؟ أو لحقِّ الورثة؟

فإن قلنا: إن فساده في عقده؛ لم يثبت.

وإن قلنا: لحقِّ الورثة؛ صحَّ بعد زوال المرض؛ لزوال حقوقهم منه؛ كنكاح العبد بغير إذن سيده[2].

وأما قوله: (**والصداق عند مالك من ثلثه دون رأس ماله**) فهذا مما اختلف فيه، فذكر عن أبي عمران أنه قال: أجمع أصحابنا أن صداق المريض لا يكون من رأس المال[3].

قال الأبهري: وإنما ثبت لها الصداق؛ لأنه قد استمتع بها، فهذا بدل ما استمتع بها.

وإنما كان ذلك من ثلثه دون جميع ماله؛ لإنه لا يجوز أن يخرج الثلثين من ماله عن ورثته إلى غيرهم.

وإنما كان لها المسمَّى وإن كان أكثر من صداق مثلها إذا حمل ذلك الثلث، فلأن ما

---

(1) تهذيب البراذعي (بتحقيقنا): 2/ 19.

(2) المعونة، لعبد الوهاب: 1/ 526 و527.

(3) قول أبي عمران بنصِّه في الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 357.

زاد على صداق المثل هبة لها؛ فلا بأس بذلك، ولا تمنع منه؛ لأنها ليست بوارثة.

فإن قيل: لِمَ لا جعلت صداق مثلها في كل ماله وإن كان أكثر من الثلث؛ لأنه قد أتلف بضعها واستمتع بها، فيكون كمن جنى جناية في مرضه على مال غيره، فيلزمه قيمة ذلك وإن كان مريضًا وإن أتى على ماله كله؟

قيل له: لا تشبه الجناية النكاح؛ لأنَّ النكاح هم الذين رضوا به على المرأة ووليها، وليس كذلك المجني عليه؛ لأنه لم يختر الجناية عليه ولا على ماله، ولم يؤتَ من قِبَله، والمرأة ووليها أُتوا من قِبَل أنفسهم واختاروا الدخول على ذلك.

وحكى ابن يونس عن أبي الحسن القابسي أن لها رُبع دينار من رأس المال، فعلى هذا تحاص أهل الدَّين بربع دينار.

قال بعض فقهائنا: وهو قول حسن؛ إذ لا يستباح البضع بأقل منه[1].

وأما قوله: (**وسواء تزوَّج المريض حرة أو أمة مسلمة أو كتابية؛ فإن نكاحه لهن باطل**).

فهذا مما اختلف فيه، فقال أبو مصعب: هو جائز؛ لأنه إنما منع نكاح المريض من أجل إدخال وارث على الورثة، وذلك معدوم ههنا.

وذهب عبد الملك وابن المواز وأكثر [ك: **71/ أ**] أصحابنا إلى أنه لا يجوز وإن كانت الزوجة في هذه الحالة غير وارثة؛ لأن الأمة قد تعتق، والكافرة قد تسلم، فيصيروا وارثين[2].

قال ابن يونس: قال بعض البغداديين: وهذا القول أصح.

قال ابن يونس: والقول الأول أَوْلَى؛ لأنه أوقع النكاح في حال لم يدخل على الورثة وارثًا؛ لأنهما غير وارثين، وما يترقب من العتق والإسلام قد يكون وقد لا يكون[3].

---

(1) الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): **4/ 357**.

(2) قوله: (فهذا مما اختلف فيه، فقال أبو مصعب: هو جائز... فيصيروا وارثين) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 526**.

(3) ههنا انتهى السقط المشار إليه آنفًا من النسخة المرموز لها بالرمز (ز) والمقدَّر بنحو لوحة واحدة ونصف.

=

[لا نكاح للمولى عليه إلا بإذن وليِّه]

(ولا يجوز نكاح المولى عليه، وهو السفيهُ المبذِّر لماله إلَّا بإذن وليِّه.

فإن أذن له وليُّه[1]؛ جاز نكاحه.

وإن تزوَّج بغير إذن وليه؛ فوليُّه [ز: 543/ أ] بالخيار إن شاءَ فسخ نكاحه، وإن شاءَ تركه إذا كان سدادًا وفسخه بطلاق.

فإن نكحها المولى عليه بعد ذلك؛ احتسبتْ بتطليقة وبقيتْ عنده على اثنتين)[2].

وإنما لم يجز للمولى عليه أن يتزوَّج إلَّا بإذن وليِّه؛ لأنهُ الناظرُ في أمرِه والقائم بمصالحه؛ إذ هو تحت حِجره، فلو ترك ونفسه لزالَ معنى الحجر، واعتبارًا ببيعه وشرائه.

قال الأبهري: فلمَّا لم يجز بيعُه وشراؤه فكذلك نكاحه؛ لأنه في الحجر عليه بمنزلة الصبي والمجنون، فلمَّا كان الصبيُّ لا يجوز منه هذه الأفعال؛ لعدم تمييزه وقلة علمه بمصالحه، فكذلك المولى عليه لا تجوز أفعاله؛ لعدم معرفة مصالحه، وأمرُ نكاحهِ إلى الولي، فإن شاء أجازَه إن رأى[3] ذلك حظًّا وإن شاء ردَّه؛ لأنه الناظر له[4] والقيم بأمره كقيام الأب في أمرِ ولده الصغير، وكقيام الحاكم على من يليه، فإذا أذِن له وليه؛ جاز.

وإن تزوَّج بغير إذن وليه[5]؛ فالوليُّ بالخيار إن شاء فَسَخه وإن شاء تركه إذا كان سدادًا، وسواء فسخه قبل الدخول أو بعده.

فإن فسخه قبل الدخول؛ فلا شيء لها، وإن فسخه بعد الدخول؛ فلها من[6] المهر

=

الجامع، لابن يونس (بتحقيقنا): 4/ 357.

(1) كلمة (وليُّه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك)، وهي في طبعتي التفريع.

(2) التفريع (الغرب): 2/ 56 و57 و(العلمية): 1/ 410.

(3) في (ك): (كان).

(4) كلمة (له) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) كلمتا (إذن وليه) يقابلهما في (ز): (إذنه).

(6) حرف الجر (من) ساقط من (ك) وقد انفردت به (ز).

قدر ما يستحل به فرجها، ويؤخذ الباقي منها.

قال الأبهري: لأنها هي المتلِفَة لبُضعها، أو وليها، ولا صداق لها كما لو دفع إلى المحجور عليه سلعةً فأتلفها أو باعها بيعًا؛ لم يكن عليه قيمة السلعة ولا ثمنها؛ لأنه هو المتلف لذلك بدفعه إليه.

فأمَّا مقدار ما يستحل به الفرج[1]؛ فهو حقٌّ لله سبحانه لا بدَّ منه؛ لأنه لا يجوز للمرأةِ أن تنكح نفسها بغير[2] مهرٍ؛ لأن ذلك هبة للفرج.

وقد منع الله ﷻ من ذلك بقوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: 50]، ولا يُتبع السفيه بشيءٍ من صداقها بعد فك حجره.

وقال ابن الماجشون: لا يترك لها شيئًا. [ك: 71/ ب]

وقال أصبغ[3]: يزاد على ربع دينار، ولا يبلغ بالزيادة صداق المثل[4]، وهذا إذا لم تَعلَم المرأة بسفهه.

وأما إن عَلِمَتْ أنه سفيهٌ؛ فلا تُزاد على ربع دينار شيئًا[5]، ولا يُتْبع بشيء بعد فكِّ حجره، وفسخه بطلاق؛ كالعبد يتزوَّج بغير إذن سيده، ولأن الوليَّ لو شاء أن يبقيه لأبقاه[6].

قال الأبهري: ولأنه نكاحٌ مختلفٌ فيه، ففرقته تكون بطلاق على بعض الروايات عن مالك في المختلَف فيه.

---

(1) جملة (لأنه هو المتلف لذلك... به الفرج) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) كلمة (بغير) يقابلها في (ك): (من غير).

(3) كلمتا (وقال أصبغ) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(4) قوله: (وقال ابن الماجشون: لا يترك لها... صداق المثل) بنصِّه في النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/ 417 والتبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1851.

(5) قوله: (وأما إن علمتْ أنه سفيهٌ؛ فلا تُزاد على ربع دينار شيئًا) بنصِّه في التبصرة، للخمي (بتحقيقنا): 4/ 1851.

(6) في (ز): (أبقاه).

[زواج العبد بغير إذن سيده]

(وإن فسخ الوليُّ نكاحه بعد الدخول بها[1]؛ فلها من المهر قدْر ما يستحل به فرجها، ويؤخذُ الفضل عن ذلك منها[2].

ولا يتبع السفيه بشيءٍ من صداقها بعد فك حجره.

ولا يجوز للعبد أن يتزوَّج بغير إذن سيده، فإن تزوَّجَ بغير إذنه؛ فللسيد فسخُ نكاحه وله تركُه.

فإن فسَخَه قبل الدخول؛ فلا شيءَ للمرأة من صداقها، وإن فسخه بعد الدخول؛ فلها [ز: 543/ ب] من المهر قدْر[3] ما يستحلُّ به فرجها، ويؤخذ الباقي منها، ويتبع به العبد[4] دَيْنًا في ذمته إذا أعتقه سيده بخلاف السفيه؛ لأن العبد حجر عليه من أجل سيده، فإذا أعتقه سيده[5]؛ سقط حقُّه وزال حجره، والسفيهُ حُجِر عليه من أجل نفسه، فإذا فكَّ حجره؛ لم يتبع بشيءٍ مما استدانه في حال حجره؛ لأنه لو ثبتَ ذلك لم ينفع الحجر عليه[6] شيئًا)[7].

أما قوله: (وإن فسخ الوليُّ نكاحه بعد الدخول بها؛ فلها من المهر[8] قدر ما يستحل به فرجها، ويؤخذ الفضل عن ذلك منها) فقد تقدَّم الكلام على ذلك[9] في المسألة التي قبلها[10].

---

(1) كلمة (بها) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(2) كلمة (منها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(3) في (ز): (بقدْر).

(4) كلمتا (العبد به) يقابلهما في (ك): (به العبد) بتقديم وتأخير.

(5) جملة (بخلاف السفيه؛ لأن العبد... أعتقه سيده) ساقطة من (ز)، وهي في طبعتي التفريع.

(6) كلمة (عليه) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(7) التفريع (الغرب): 2/ 57 و(العلمية): 1/ 410 و411.

(8) كلمتا (من المهر) ساقطتان من (ك) وقد انفردت بهما (ز).

(9) جملة (فقد تقدَّم الكلام على ذلك) في (ز): (فالكلام عليها كالكلام).

(10) انظر النص المحقق: 6/459.

وأما قوله: (**ولا يجوز للعبد**[1] **أن يتزوَّج بغير إذن سيده، فإن تزوَّج بغير إذنه؛ فللسيد فسخ نكاحه**[2] **وله تركه، وفسخه بطلاق**) فقد تقدَّم الكلام على ذلك، فأغنى عن إعادته[3].

وأما قوله: (**فإن فسخه قبل الدخول؛ فلا شيء للمرأة من صداقها**) لأنه نكاحٌ فُسِخ قبل الدخول، وكلُّ نكاحٍ فسخ قبل الدخول؛ فلا مهر فيه.

وأما قوله: (**وإن فسخه بعد الدخول فلها من المهر بقدْر**[4] **ما يستحل به فرجها**) وذلك ربع دينارٍ؛ لئلا يخلو البضع عن عِوَض.

قال الأبهري: ولأنه لا يُستحلُّ الفرج بأقل منه؛ لأنه حقٌّ لله ﷻ ويؤخذ الباقي منها؛ لأن فيه حقًّا لسيده[5].

قال الأبهري: ولأنها هي التي أتلفت وضيَّعت حيث لم تتحرَّز من ذلك[6]، وليس خطؤها على نفسها يلزم سيد العبد؛ لأن مال العبد وكسبه للسيد، فليس له أن يجعله لغيره.

قال الأبهري: وليس محل ذلك كالجناية؛ لأن الجناية تقع بغير مراضاة، ولا صُنع للمجني عليه ولا تفريط عليه، وليس ذلك كعقد النكاح والوطء؛ لأن ذلك يقع بمراضاة.

قال الأبهري: [ك: **70**/ أ] فإذا أعتق العبد أمكن أن يقال: إنها تتبعه بصداقها.

وقال ابن الجلَّاب: (**تتبعه به دينًا في ذمته**[7] **إذا أعتقه سيده بخلاف**

---

(1) في (ك): (لعبد).

(2) جملة (فللسيد فسخ نكاحه) يقابلها في (ز): (فله فسخه).

(3) انظر النص المحقق: **459/6**.

(4) كلمة (بقدْر) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(5) عبارة (لأن فيه حقًّا لسيده) ساقطة من (ز) وقد انفردت بها (ك).

(6) قوله: (وذلك ربع دينارٍ؛ لئلا يخلو البضع... من ذلك) بنحوه في المعونة، لعبد الوهاب: **1/ 492** ولم ينسب شيئًا من ذلك للأبهري.

(7) كلمتا (في ذمته) يقابلهما في (ك): (وذمته) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وما أثبتناه موافق لما في طبعتي التفريع.

السفيه[1]) والفرق بينهما ما ذكره ابن الجلَّاب.

وللسيد أن يسقط ذلك عن ذمته غرَّ أو لم يغر.

وأما المكاتب، فإن لم يغرها؛ فله أن يسقط ذلك عن ذمته، وإن غرَّها وقف الأمر، فإن عجز؛ كان كالعبد[2] له أن يسقط عنه، وإن ردَّ فهو عليه لا يسقط السيد عنه، فالمكاتب هو الذي يفترق فيه الوجهان لا العبد، فاعلم ذلك. من "النكت"[3].

ونقل عياض في تنبيهاته عن أبي عمران: أنه لا فرق بين العبد والمكاتب في ذلك، وللسيد أن يفسخ ذلك عنهما، وهو قول سحنون[4].

قال مالك: فإن زوجوه وقد علموا أن سيده لم يأذن له في النكاح؛ عوقبوا.

قال الأبهري: لأنهم فعلوا ما لا يجوز لهم فعله، وأباحوا للعبد الفرج بغير إذن السيد، وذلك غير جائز[5].

[ما لا يحل في الجمع بين النساء]

(ومن طلَّق امرأته طلاقًا رجعيًا[6]؛ فلا يجوز[7] له أن يتزوج أُختها ولا خالتها ولا عمتها[8]، ما دامت الأولى في عدتها، وكذلك لا يجوز له أن يتزوَّج خامسةً سواها.

فإن طلقها طلاقًا بائنًا، أو طلاق خُلع؛ جاز له أن يتزوج خامسةً سواها[9]، أو أختها أو

---

(1) التفريع (العلمية): 1/ 411.

(2) كلمتا (كان كالعبد) يقابلهما في (ك): (العبد) وقد انفردت بهذا الموضع من الكتاب، وما أثبتناه في نكت عبد الحق.

(3) النكت والفروق، لعبد الحق: 1/ 216.

(4) التنبيهات المستنبطة، لعياض (بتحقيقنا): 2/ 796.

(5) من قوله: (قال الأبهري: وليس محل ذلك كالجناية) إلى قوله: (الفرج بغير إذن السيد، وذلك غير جائز) ساقط من (ز) وقد انفردت به (ك).

(6) جملة (طلَّق امرأته طلاقًا رجعيًا) يقابلها في (ز): (تزوَّج امرأة).

(7) في (ز): (يحل).

(8) عبارة (عمتها ولا خالتها) يقابلها في (ك): (خالتها ولا عمتها) بتقديم وتأخير.

(9) جملة (فإن طلقها طلاقًا... خامسةً سواها) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

عمتها أو خالتها وإن كانت الأُولى في عدتها؛ لأنَّ حكمها حكم الأجنبيات لا ترثه ولا يرثها، ولا يلزمها طلاقه، ولا ظهاره، ولا نفقة لها عليه.

وأحكام النكاح منقطعةٌ بينه وبينها)[1].

والأصلُ في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: 23].

والمطلقة الرجعية حكمها حكم الزوجة؛ ألا ترى أنه يلزمها[2] طلاقه وظهاره وإيلاؤه[3].

قال الأبهري: وتجبُ عليه نفقتها، والميراثُ بينهما ثابتٌ[4]، فكانت في أحكام الزوجات في كل ذلك، فلم يجز له أن يتزوج حتى تخرج من العدة، أو يبت طلاقها[5] فتصير أجنبية، ولا خلاف في ذلك.

وثبت عن النبي ﷺ أنه «**نَهَى أَنْ يُجْمَعَ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا، وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ**[6] **وَخَالَتِهَا**»، خرجه مسلم[7].

وكذلك لا يجوز له أن يتزوَّج خامسةً سواها؛ لأنه يصير بمنزلة من تزوَّج خمسةً[8] وجمع [ز: 544/ أ] بينهنَّ، وذلك لا يجوز؛ لأن المطلقة الرجعيَّة حكمها حكم الزوجة.

---

(1) كلمتا (بينه وبينها) يقابلهما في (ز): (بينها وبينه) بتقديم وتأخير.

و التفريع (الغرب): 2/ 57 و58 و(العلمية): 1/ 411 و412.

(2) في (ز): (يلزمه).

(3) قوله: (والمطلقة الرجعية حكمها... وإيلاؤه) بنحوه في الاستذكار، لابن عبد البر: 6/ 220.

(4) كلمة (ثابت) ساقطة من (ك) وقد انفردت بها (ز).

(5) في (ز): (طلاقه).

(6) كلمتا (وبين المرأة) ساقطتان من (ز) وقد انفردت بهما (ك).

(7) رواه مسلم: 2/ 1030، في باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، من كتاب النكاح، برقم (1408) عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(8) في (ك): (خامسة).

فإن نكح الخامسة أو الأخت، أو العمَّة أو الخالة؛ فسخ نكاح الثانية؛ إلَّا أن يأتي بأمر يُعرَف أنه إنما تزوَّجها بعد انقضاء عدة المطلقة[1].

فإن طلقها طلاقًا بائنًا ثلاثًا، أو طلاق خُلع؛ جاز له أن يتزوج خامسةً سواها، أو عمتها [ك: **70**/ ب] أو خالتها، وإن كانت الأولى في عدتها؛ لأن أحكام الزوجية منقطعةٌ بينهما[2].

قال الأبهري: ألا ترى أنه[3] لا ميراثَ بينهما ولا نفقةَ لها عليه؛ إلا أن تكون حاملًا، فتكون النفقة للحمل، وقد صارت بمنزلة الأجنبية في هذه الأشياء، فكذلك يجوز له أن يتزوَّج خامسةً سواها أو عمتها أو خالتها[4]، والله أعلم.



(1) قوله: (فإن نكح الخامسة أو الأخت... المطلقة) بنحوه في المدونة (صادر/ السعادة): **2/ 283**.

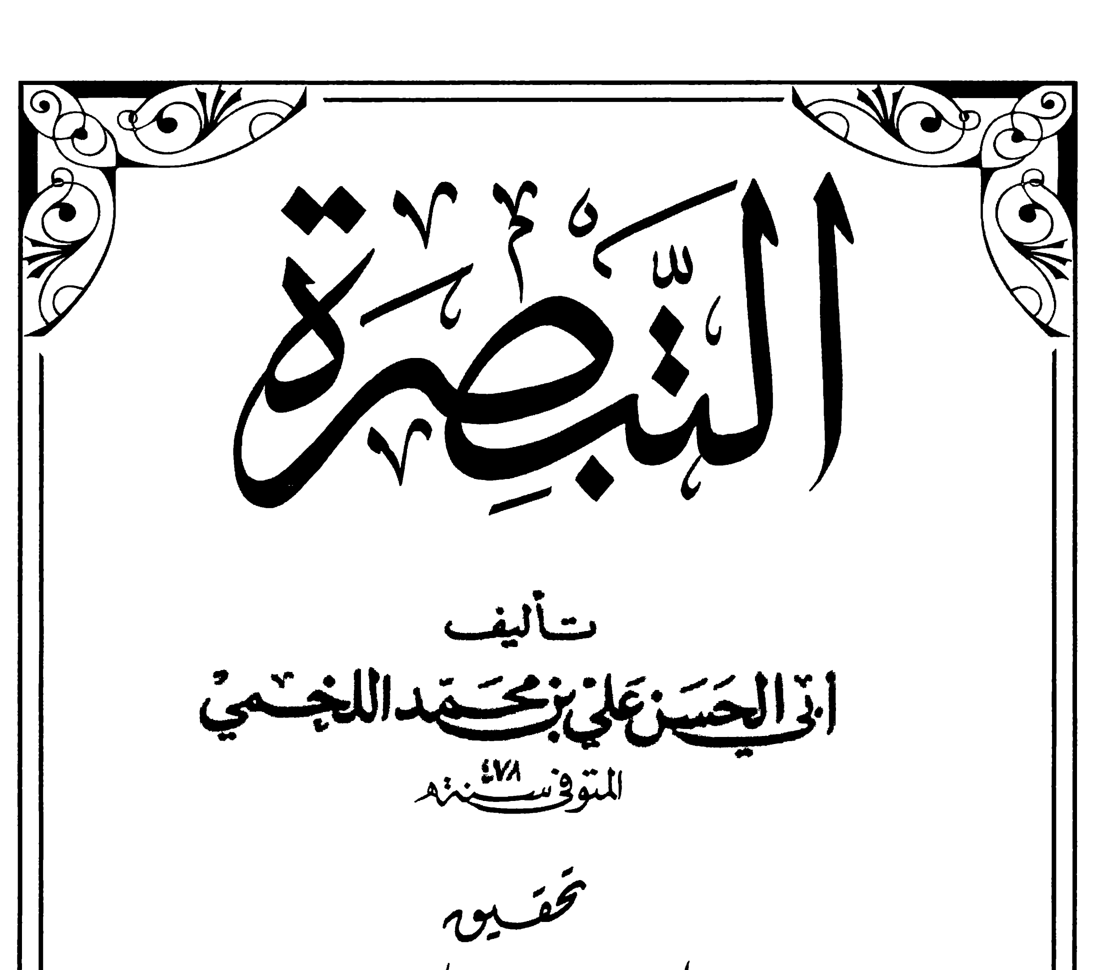
(2) قوله: (لأن أحكام الزوجية منقطعةٌ بينهما) بنحوه في الكافي، لابن عبد البر: **2/ 594**.

(3) عبارة (ألا ترى أنه) يقابلها في (ز): (ولأنه).

(4) كلمتا (أو عمتها أو خالتها) يقابلهما في (ز): (وعمتها وخالتها).

فهرس الموضوعات





التبصرة

تأليف

أبي الحسن علي بن محمد اللخمي

المتوفى سنة ٤٧٨هـ

تحقيق

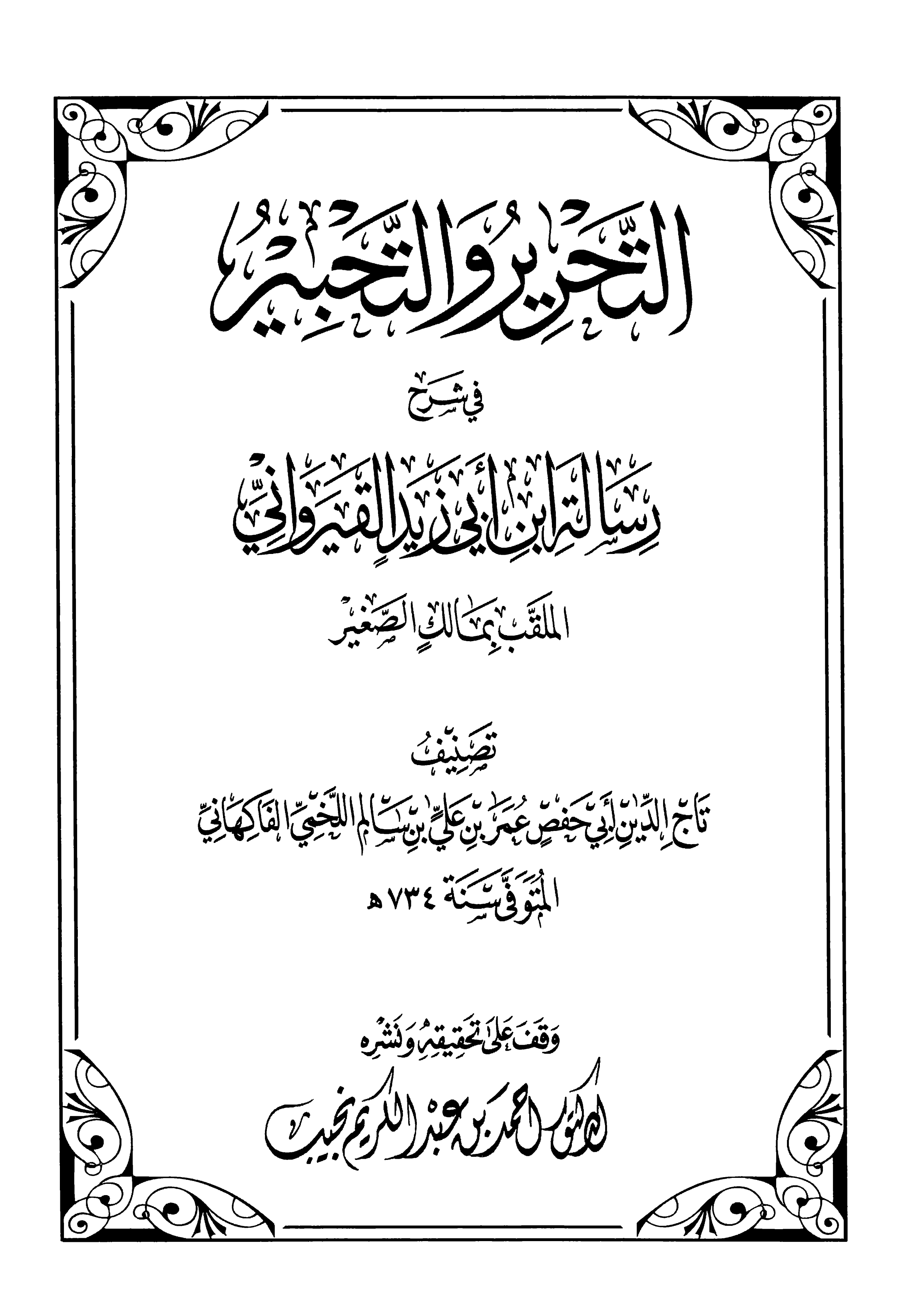
الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب

الأمين العام لرابطة الكتاب والأدباء العرب

من منشورات

مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث

الطبعة الثانية



التحرير والتحبير

في شرح

رسالة ابن أبي زيد القيرواني

الملقب بمالك الصغير

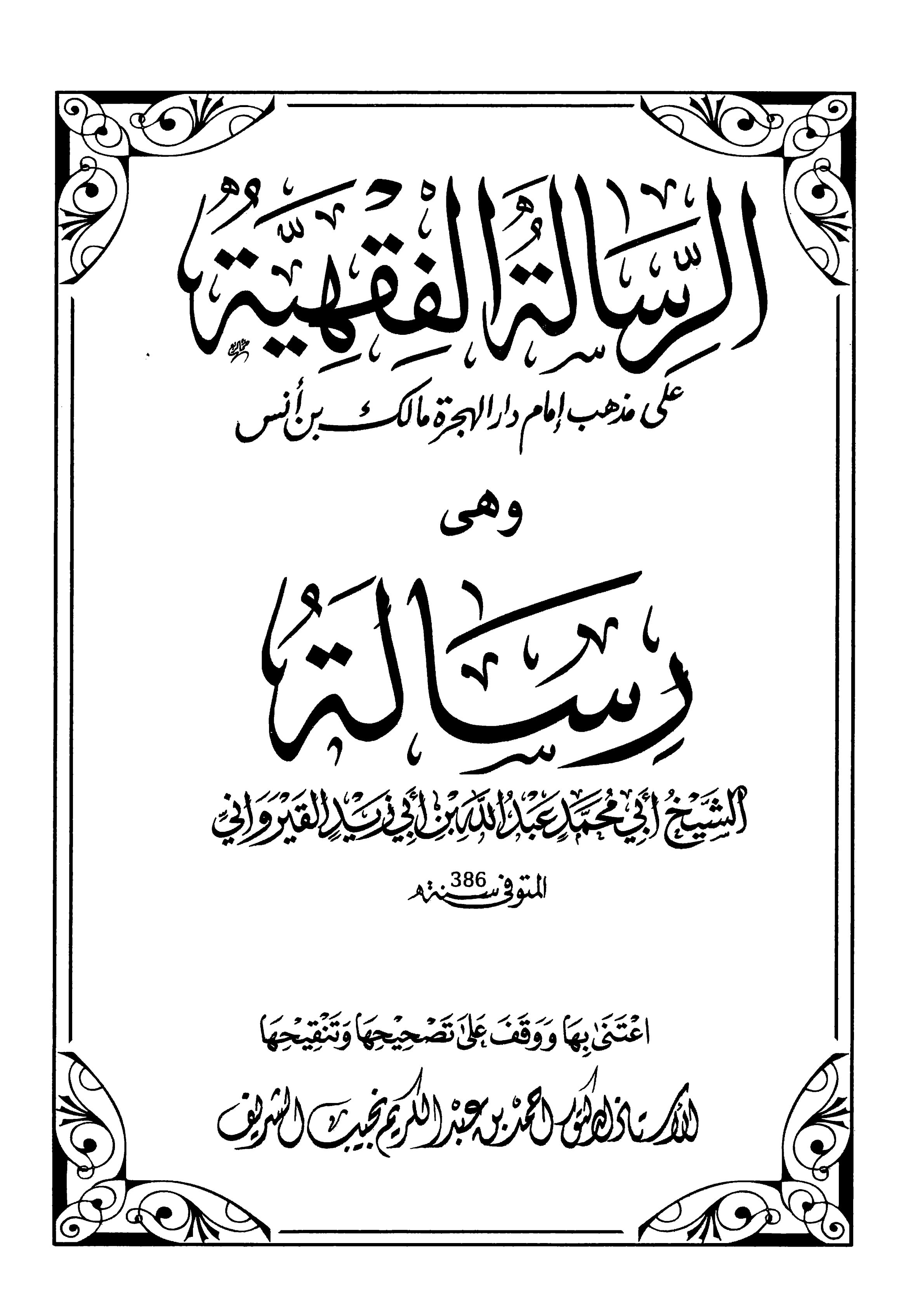
تصنيف

تاج الدين أبي حفص عمر بن علي بن سالم اللخمي الفاكهاني

المتوفى سنة ٧٣٤ هـ

وقف على تحقيقه ونشره

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب


الرسالة الفقهية
على مذهب إمام دار الهجرة مالك بن أنس
وهي
رسالة
الشيخ أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني
المتوفى سنة 386 هـ
اعتنى بها ووقف على تصحيحها وتنقيحها
للأستاذ الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب الشريف